UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

Période Constitutive des Personnes Morales

DE DROIT PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON
le samedi 12 juillet 1913, à 1 heure 1/2

PAR

Pierre LESCOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. HÉMARD, *professeur.*

Suffragants : MM. GAUDEMET, *professeur.*
MARC DESSERTEAUX, *chargé de cours.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1913

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LA

Période Constitutive des Personnes Morales

DE DROIT PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON
le samedi 12 juillet 1913, à 1 heure 1/2

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

Pierre LESCOT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. HÉMARD, *professeur.*
Suffragants : MM. GAUDEMET, *professeur.*
MARC DESSERTEAUX, *chargé de cours.*

PARIS
LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13
1913

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0023

INTRODUCTION

Le problème de la personnalité morale est assurément une de « ces quelques grosses questions » qui ont suscité, au cours du XIX^e^ siècle, le plus de divisions parmi les jurisconsultes de tous les pays. Il y a peu de matières qui aient donné lieu à des constructions aussi savantes (1), peu qui aient offert un champ aussi vaste à l'imagination toujours prête à déborder des théoriciens du droit, en France et à l'étranger. A l'heure actuelle, la source semble momentanément tarie, et nous assistons à des tentatives de classification et de synthèse. La théorie dite de la réalité des personnes morales paraît régner en maîtresse depuis quelques années, et s'il y a, parmi les auteurs qui l'ont soutenue, encore bien des façons diverses de la comprendre (2), tous cependant s'accordent à proclamer qu'elle est l'explication la plus satisfaisante des droits et des obligations reconnus, sous la pression des faits, à ces entités juridiques que sont les sociétés, les associations et les fondations. C'est sur elle que M. Saleilles (3) invite à faire l'union. C'est à elle enfin qu'iront nos

(1) Sur les différentes théories, cons. : Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol., 1906 et 1909, particul. le tome I, p. 16 à 99.

(2) Cf. Michoud, *op. cit.*, p. 100 et suiv., et l'exposé qu'il donne des théories de Worms (*Théorie organique*), de Zitelmann (*Willenstheorie*), de Hauriou, de Boistel, auteurs qu'il critique comme attribuant une part exagérée à la *volonté* dans le fondement du droit subjectif et méconnaissant en revanche la nécessité d'un *intérêt* légitime.

(3) Saleilles, *De la personnalité juridique, Histoire et théories*,

préférences au cours de cette étude, où il sera traité de la *période de formation des personnes morales* de droit privé.

Cette période, qui précède le moment où la personne morale apparaît définitivement constituée et durant laquelle se déroulent toutes les phases de sa formation, n'a pas, jusqu'à présent, beaucoup attiré l'attention des juristes (1). Certes, la matière est délicate ; on ne s'aventure pas, sans une certaine appréhension sur ce terrain mouvant de la personnalité juridique. Et pourtant, au seul point de vue *spéculatif*, ne serait-ce pas la meilleure façon de justifier l'autonomie de certains groupements et établissements, que de rechercher à quel moment ils l'acquièrent, sur quel fondement elle repose ?

Mais la question ne laisse pas aussi d'être intéressante au point de vue *pratique*. Car,à bien des égards, il importe de savoir si la personne morale a franchi ou non le seuil de la phase préparatoire à sa naissance.

Il nous faut considérer successivement l'un et l'autre intérêt.

§ 1

I. — Pour expliquer le phénomène de la personnalité juridique, Savigny et les adeptes de l'Ecole allemande, Puchta, Windscheid ont eu recours à l'idée d'une fiction. « Seul, ont-ils dit, l'homme peut être sujet de droits,

Paris, 1910. — Cf. la préface de l'auteur et le début de la XXI[e] leçon, p. 517.

(1) La question n'a pas encore fait en France, à notre connaissance, l'objet d'une monographie. Plus spécialement sur les sociétés par actions,Cf. J. Goiffon,*De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Paris, 1898 ; Massart, *De la condition de la société par actions pendant la période constitutive*, thèse Rennes, 1901.

car seul il est doué de la faculté de vouloir, et pour être titulaire de droits, pour jouir de la personnalité, il faut avoir une volonté libre, le droit subjectif n'étant qu'un instrument au service de celle-ci. Quand donc l'on parle de personnes morales, c'est-à-dire de groupements, sociétés ou associations, et de fondations, pourvus de la capacité juridique, il ne peut s'agir que d'une image, d'une formule technique, permettant d'atteindre certaines fins (1) qui correspondent aux nécessités de l'état social. » Jusqu'alors la théorie, si fragiles que soient les bases (2) sur lesquelles elle repose, n'offre pas un bien grave danger. Nous ne professons pas, en effet, de parti pris absolu contre les fictions dont on a trop médit ; sans doute elles prouvent une certaine faiblesse de l'intelligence humaine, incapable de découvrir sur-le-champ le fondement naturel des solutions que lui imposent les nécessités sociales, mais il n'est pas permis pour autant d'en méconnaître la réelle utilité ; car, précisément, par cela même qu'elles nous donnent une explication au moins provisoire de règles équitables, elles contribuent à faire progresser le droit, à le vivifier, en lui faisant reprendre contact avec les faits (3). Seulement la fiction

(1) Elles constituent les avantages de la personnalité morale. — Cf. Thaller, *Traité de droit commercial*, 4e édit., p. 181 et suiv.

(2) Il est faux de prétendre que l'essence du droit subjectif réside uniquement dans la volonté de son titulaire ; elle doit plutôt être cherchée dans l'*intérêt que cette volonté représente*. — Cf. Picard, *Le droit pur*, p. 82. — Mais nous croyons avec M. Hauriou (*Principes de droit public*, p. 35) qu'il faut aussi faire entrer dans la définition du droit subjectif l'idée de *fonction sociale*.

(3) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, chap. V, des fictions ; Picard, *Le droit pur*. — Bannir la fiction, ne serait-ce pas d'ailleurs bannir aussi toutes les formules juridiques, qui ne sont comme elle qu'une image, rendant accessibles et concrets les phénomènes du droit ? Demogue, p. 247.

devient dangereuse lorsqu'il en est fait un usage abusif, contraire aux raisons pratiques de son introduction. L'arme est tranchante, il faut savoir la manier avec précautions, et tout le mal, semble-t-il, dans cette délicate matière de la personnalité à reconnaître aux associations et aux sociétés, est venu, non pas de Savigny, non pas de l'auteur même de la théorie, mais de ses disciples, qui n'ont pas su sagement utiliser l'instrument qui leur avait été légué (1). Partant de l'idée de fiction, ils ont conclu, par un raisonnement en apparence irréprochable, à l'intervention forcée de l'Etat dans la création des personnes morales. Si, a-t-on dit, ces prétendues personnes n'ont point d'existence dans la réalité, l'Etat seul pourra leur en conférer une. Raisonnement faux à un double titre : d'abord, parce que l'Etat ne crée rien, mais qu'il se contente d'approuver des rapports licites ; puis, parce qu'il s'agit ici non pas d'attribuer à ces groupements ou à ces masses de biens une individualité objective qu'ils n'auraient point eue auparavant, mais de leur reconnaître au contraire, eu égard à cette individualité, l'aptitude à être titulaires de droits et d'obligations, c'est-à-dire la personnalité au sens juridique du mot (2).

Au fond, peu importait aux partisans de ce système la valeur de l'argumentation, l'essentiel était d'atteindre le

(1) Peut-être Savigny, par fiction, entendait-il caractériser seulement l'effort d'imagination, qui nous pousse à assimiler l'individualité des personnes juridiques à celle des personnes physiques, tandis que ses disciples, faisant un pas de plus, ont nié la possibilité de toute individualisation des êtres collectifs autrement que par la voie législative. — Cf. Le développement de cette hypothèse dans Saleilles, *op. cit.*, p. 310 et 311.

(2) « La personne est tout être susceptible de posséder des droits ». Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 2e édit., Paris, 1904, p. 89.

résultat visé : l'Etat accordant, refusant ou retirant, selon son bon plaisir, la capacité juridique à ces prétendues personnes, autrement dit, le régime de l'arbitraire. M. Saleilles ne s'y est pas trompé. « C'est cette prédominance du droit de l'Etat que l'on avait en vue, remarque-t-il ; c'est pour elle que toute la thèse a été construite. Seulement au lieu de le dire franchement, au lieu de dire ouvertement : en matière de personnes collectives, il est de nécessité politique que la volonté de l'Etat soit tout et que celle des individus ne passe qu'au second plan, on a voulu faire découler cette solution d'un principe supérieur, qui s'imposerait d'après la nature même des choses (1). »

Quoi qu'il en soit de cette conséquence, elle en entraîne une autre particulièrement importante de notre point de vue ; elle enlève tout intérêt à l'étude de la période constitutive de la personne morale. Comment d'ailleurs, avec cette théorie, parler encore de sociétés et d'associations en voie de formation ? L'association ou la société est ou n'est pas revêtue de la personnalité morale. Dès l'instant où cette faveur lui est accordée par la loi, elle voit le jour, en tant qu'être autonome pourvu d'une individualité propre (2) et d'une capacité juridique déterminée. En revan-

(1) Saleilles, *op. cit.*, XIVe leçon, p. 311.

(2) Avec le système de la fiction, il faut admettre, que la société par actions ne jouit du bénéfice de la personnalité qu'avec le dernier acte de sa constitution imposé par la loi, que l'association ne profite des mêmes avantages que lors de l'accomplissement des formalités prévues par l'article 5 de la loi du 1er juillet 1901, ou lors du décret la reconnaissant d'utilité publique. C. Paris, 18 février 1909, *Rev. trimestr.*, 1909, p. 424 ; Cass. civ., 7 février 1912, *Rev. trimestr.*, 1912, p. 217. — Sur les inconvénients de cette théorie en matière de fondations, cf. Plaisant, *La fondation libre*, thèse Paris, 1911, p. 57 et suiv.

che jusque-là elle n'a pu exister, elle n'a pu vivre même d'une vie cachée, sourde (1) ; elle reste ignorée des membres eux-mêmes qui la composent. Sans doute il a pu s'établir entre les divers adhérents aux statuts de la future société des liens contractuels, ils ont pu réciproquement s'engager à conclure dans l'avenir le contrat de société, lorsque toutes les formalités légales auront été remplies, ou bien les fondateurs ont pu promettre d'apporter tout leur zèle à l'accomplissement de ces formalités, et chacun des souscripteurs par contre s'engager à effectuer le versement du montant de sa souscription (2) lors de la constitution de la société ou de l'association ; mais ces diverses conventions, ces divers consentements, qui s'échangent ainsi entre personnes se proposant le même but, ne font que préparer la formation de la personne morale ; ils n'en constituent pas même le premier acte, car la pièce ne comporte qu'un acte, et celui-ci est rempli tout entier par l'événement, à la réalisation duquel la loi a rattaché l'entrée en scène de la personne fictive (3).

Nous assistons, avec ce système, non plus au développement successif de l'entité collective, prenant forme peu à

(1) Thaller, *op. cit.*, p. 382.

(2) Cf. *infra*, titre II, chap. II, sect. II.

(3) Cet événement peut être un acte du gouvernement, tel qu'un décret rendu en Conseil d'Etat (art. 10 de la loi de 1901), mais ce peut être aussi une formalité à l'accomplissement de laquelle la loi a rattaché l'acquisition de la personnalité (dépôt des statuts du syndicat ou de l'association à la mairie ou à la Préfecture, etc. Art. 4 de la loi du 21 mars 1884, art. 5 de la loi de 1901 ; art. 18 de la loi du 9 décembre 1905). Il ne faudrait pas voir dans ces textes des dérogations au système de la fiction : « Quelle que soit la forme de la reconnaissance légale, expresse ou implicite, spéciale ou générale, peu importe, c'est toujours la loi qui crée la personnalité, c'est elle qui concède la personnalité. » Saleilles, *op. cit.*, p. 312 et suiv.

peu, mais à l'aménagement du milieu dans lequel apparaîtra soudain le nouvel être juridique. Il semble alors qu'il faille parler « de la période *antérieure à* la formation », et non « de la période *de* formation » de la personne morale.

II. — Ce sont des critiques analogues qu'encourent, à notre avis, mais pour des motifs différents, les théories *négatives* de la personnalité juridique. Pour arriver à des conclusions diamétralement opposées, leurs auteurs n'en sont pas moins partis de l'axiome qu'avaient adopté les partisans de l'idée de fiction, « l'homme seul peut être un sujet de droits » (1), proposition qui, selon eux, conduit fatalement à nier l'existence et l'utilité du concept de personnalité morale. Mais alors par quoi le remplacer ?

« Pour expliquer la situation juridique des biens qui forment le patrimoine (des personnes morales) et des droits qui sont exercés par leurs représentants, il reste deux voies : on peut considérer ces biens et ces droits comme n'appartenant à personne, on peut les considérer comme appartenant aux individus qui composent l'être moral (2). »

Brinz et Bekker ont suivi la première voie, affirmant que le patrimoine de ces prétendus êtres constitue en réalité un patrimoine sans sujets, n'appartenant à per-

(1) Pour la réfutation de cet axiome, comp. Saleilles, *loc. cit.*, *passim*,et surtout p. 558 et suiv. ; Michoud, t. I, p. 99 et suiv. ; Demogue, *loc. cit.*,p.322 et suiv. ; 345 et suiv. — Cons. aussi : Binder, *Das Problem der juristischen Persœnlichkeit.* Leipzig, 1907, p.48 et suiv. ; Picard, *Le droit pur*, p. 67 et suiv.

(2) Michoud, *loc. cit.*, p. 39.

sonne, parce que les associés dans les sociétés et les associations, ou les bénéficiaires de la fondation, ne possèdent sur lui « qu'une sorte de droit de servitude et d'expectative, sans rapport désormais avec le contenu du droit de propriété (1) », mais affecté à une destination certaine, à un but déterminé, d'où le nom de « patrimoine d'affectation » (Zweckvermögen).

Sans entrer dans un examen approfondi de cette théorie, nous en retiendrons quelques conséquences. Elle marque un progrès certain, un lent acheminement (2) vers une doctrine que nous croyons être la seule exacte, la théorie de la réalité de la personne morale. Certes, proclamer avec Brinz et Bekker que certains biens ne peuvent être détournés de la destination à laquelle ils ont été affectés, qu'ils échappent ainsi au pouvoir d'individus qui n'en sont que les propriétaires apparents, intérimaires ou mieux fiduciaires, c'est assurément expliquer d'élégante façon la nature de patrimoines provisoirement sans maître (3), tels que les patrimoines de souscriptions ou le montant des sommes recueillies par collectes et affectées à quelque œuvre de bienfaisance (érection d'une statue, secours aux familles des victimes d'une catastrophe, etc.), mais ce n'est pas, en tout cas, apporter une solution définitive et suffisante au problème

(1) Saleilles, *loc. cit.*, p. 475.

(2) Un auteur, M. Parthéniu, range même, à tort, cette théorie dans le groupe des systèmes, qui concluent à la réalité de la personne morale. Parthéniu, *Le droit social sur les choses*, thèse Paris, 1908, p. 21.

(3) Au besoin, ce serait, semble-t-il, un moyen de rendre compte de la situation des apports en espèces et en nature provisoirement entre les mains des fondateurs d'une société ou d'une association en voie de formation. — Comp. *infra*, titre III, chap. II, sect. I.

de la personnalité morale. Comment, avec ce système, traiter les collectivités qui ne possèdent pas de biens ou n'en possèdent pas encore ? Il faut méconnaître leur autonomie et méconnaître, par le fait, l'individualité des sociétés ou des associations en voie de formation, tant qu'une masse de biens pourvus d'une affectation spéciale ne sera pas venue servir de support à cette individualité. Et ici apparaît le danger des systèmes de Brinz et de Bekker, car cette affectation, de qui émanera-t-elle ? Des précédents propriétaires, du testateur ? Mais eux-mêmes ne sont que des affectataires ; ils n'ont de droits que ceux qui leur ont été concédés à titre de membres de la collectivité, pris dans les liens de l'interdépendance sociale (1) que l'Etat a mission de réglementer, et celui-ci n'a pu, en même temps, leur octroyer la faculté de réaliser à leur tour des affectations collectives, sinon il eût abdiqué entièrement ses pouvoirs de souverain régulateur des droits. Lui seul doit donc être juge de l'opportunité de pareils actes, et nous arrivons à la même conclusion désastreuse qu'avec la théorie de la fiction : la nécessité d'une reconnaissance légale des patrimoines d'affectation et l'impossibilité d'admettre leur autonomie antérieurement à cette reconnaissance.

Dès lors, on est tenté de suivre la seconde voie, la seule restant ouverte à quiconque s'obstine à nier la personnalité réelle des sociétés, des associations et des fondations, la voie qui nous amène à considérer les personnes physiques, associés ou bénéficiaires de la fondation, comme les véritables titulaires des droits et obligations de ces prétendus êtres de création juridique. Le fantôme

(1) Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, chap. I, *La solidarité sociale*.

de la personnalité morale s'évanouit et laisse apparaître les individualités qu'il masquait. La propriété de l'être fictif fait place à la propriété des individus réunis en collectivité, propriété de nature spéciale d'ailleurs : les uns (1) parleront de copropriété avec indivision, les autres de propriété collective (2), d'autres (3), de copropriété en main commune (in gesammter Hand), d'autres enfin parleront d'extension aux tiers de la charte qui gouverne la propriété collective (4).

Peu nous importent ces divergences de vues ; nous n'avons pas à procéder à un examen détaillé de chacun de ces systèmes, mais seulement à dégager l'idée d'où ils procèdent et à la discuter. Leur point de départ étant la négation de la personnalité juridique, leur point d'arrivée sera la construction d'une théorie susceptible d'expliquer tous les effets que l'on rattache d'ordinaire à l'existence de cette personnalité, par la seule volonté des individus de mettre en commun leur activité dans un but déterminé. Pour atteindre ce but, il devient nécessaire dit-on, d'abdiquer tout exercice de leur droit collectif sur la masse commune, de confier à un seul l'administration de cette masse, de s'en interdire la disposition en totalité ou en partie, de renoncer même à toute détermination

(1) Van der Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif* ; de Vareilles-Sommières, *Les personnes morales*. Paris, 1902.

(2) Planiol, *Traité élém. de droit civil*, 4e édit., t. I, p. 984 et suiv. Berthélemy, *Traité élém. de droit administratif.*, 3e édit., p. 32.

(3) Josserand, *Essai sur la propriété collective* dans le *Livre du centenaire du Code civil*, t. I, p. 357 et suiv. ; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, p. 137 et suiv. ; Ricol, *Copropriété en main commune*, thèse Toulouse, 1907. — Il est à remarquer que ces auteurs ne nient pas la valeur du concept de personnalité morale, mais qu'ils se contentent d'en restreindre le domaine d'application. — *Adde* Saleilles, *op. cit.*, p. 391 et 392, 418 et suiv.

(4) Thaller, *Droit commercial*, 4e édit., p. 176.

de leur part indivise, et par là d'empêcher la compensation des dettes personnelles avec les créances de la collectivité, etc... Soit, mais y a-t-il là quelque chose qui dépasse les pouvoirs d'un propriétaire ? Non, et alors ne peut-on pas dire : les parties contractantes, qui auront consenti un pareil démembrement de leur droit, n'en resteront pas moins copropriétaires des biens mis en commun sous cette forme.

Que la thèse soit discutable, on le devine. Elle dénature complètement les faits : dire que les associés dans une société ou une asssociation conservent la propriété de leurs apports, cela passe encore, (1) mais, remarque M. Saleilles : « Dire que la propriété dans une fondation appartient aux bénéficiaires inconnus, et de même pour l'Etat qu'elle appartient aux citoyens, c'est énoncer une approximation vague, assez habituelle à la langue courante, mais inacceptable des juristes (2). » Qu'est-ce que ce droit de propriété qui appartient à des êtres inconnus et indéterminables, que ce droit dépouillé de tous les attributs qui d'habitude le caractérisent ? Une fiction, et une fiction qui cache une réalité juridique certaine :

(1) Saleilles, *loc. cit.*, p. 440.

(2) Il faut même, à notre avis, affirmer l'existence entre la personnalité morale ou régime de complète autonomie, et l'indivision du droit romain, d'un type intermédiaire d'appropriation des biens, dans lequel le patrimoine affecté à un but social continue d'appartenir aux associés. C'est le régime de la main commune, avec administration unitaire, applicable aux *sociétés de personnes* où n'apparaît pas un intérêt collectif distinct des intérêts individuels, et dont l'organisation interne est nulle ou à peu près (cf. *infra*, p. 28). Il suffirait donc d'admettre qu'il y a *deux sortes de personnes morales* pour concilier la thèse de la propriété collective et la thèse de la réalité (Comp. Michoud, t. I, p. 160 et suiv. ; Saleilles, *op. cit.*, p 391, p. 418, 663 ; Hémard, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait*, p. 420.

l'individualité de la personne collective. Pour ne pas être obligé de reconnaître sa présence, on la rélègue au second plan, on ne s'occupe que de la formation du patrimoine commun et de sa gestion, Et c'est là un point de vue inexact, car le patrimoine de l'association, ce n'est pas l'association, il ne suffit point à absorber l'activité de celle-ci qui s'exercera au contraire le plus souvent dans une sphère extra-patrimoniale : la défense des intérêts d'une profession, la conclusion d'un contrat collectif, la poursuite d'un idéal philosophique ou religieux, etc..., et toutes ces fins ne seront réalisées, tous ces buts atteints, que lorsque, de la mise en commun des activités personnelles des associés, il sera sorti un organisme doué d'une volonté unifiée, poursuivant le but fixé par les statuts.

Ainsi donc la thèse est fausse théoriquement parlant ; sur le terrain pratique elle ne l'est pas moins. Certes elle simplifie dans une large mesure l'étude de la période de formation de la personne morale. Plus besoin, avec ce système, de se demander à quelle phase de sa constitution, la société ou l'association apparaîtra revêtue de ce vêtement d'emprunt qu'est la personnalité juridique, dont on a coutume de l'affubler, puisqu'est démontrée l'inutilité de ce travestissement. Durant toute cette période préparatoire, les relations, qui s'établiront entre futurs associés, ne différeront pas de celles qui les uniront dans la suite ; elles seront purement contractuelles. On recherchera peut-être, il est vrai, à quel moment le régime corporatif entrera en vigueur avec toutes les conséquences qu'on lui reconnaît. Nous répondrons par la distinction des rapports de la société ou de l'association avec ses membres, et des rapports de celle-ci avec les tiers. A l'égard des associés, la société ou l'association acquiert

une existence juridique le jour où le contrat est définitivement conclu entre eux, et même si, à ce contrat, les divers intéressés n'adhèrent que successivement, la société n'en sera pas moins considérée comme née dès l'instant où deux adhésions auront été recueillies, de telle sorte que chaque nouveau membre trouvera devant lui les précédents associés déjà engagés dans les liens du contrat, déjà soumis au régime personnifiant (1), et qu'en contractant avec eux, il contractera en réalité avec la société elle-même. Vis-à-vis des tiers, au contraire, la corporation n'aura d'existence certaine qu'après l'accomplissement des formalités réglées par la loi et dans les cas prévus par elle.

Mais c'est ici que surgit l'inconvénient grave du système. En dehors de ces cas, en l'absence de ces formalités, devra-t-on dénier toute valeur à l'acte juridique quel qu'il soit : contrat ou testament, qui aurait pour but de soumettre une masse de biens à ce régime de copropriété spéciale, en lequel s'analyse au fond la prétendue

(1) M. Thaller affirme l'existence de la personnalité interne de la société « sitôt que deux personnes ont fait savoir aux fondateurs qu'elles voulaient souscrire, ne fût-ce qu'une action chacune » (*Droit com.*, 4e édit., p. 282). Il faut se rappeler que, pour cet auteur, « la personnalité n'est qu'une simple figure de langage, un terme commode destiné à représenter à l'esprit la condition de plusieurs personnes physiques, soumettant un ensemble de biens à une gestion centralisée, dont les effets se produiront au regard des tiers comme dans les rapports des associés eux-mêmes ». Gierke, de son côté, qui applique aux sociétés commerciales, autres que les sociétés par actions, le concept de propriété en main commune, admet que, même avec celui-ci, on peut concevoir toute une catégorie de rapports, rentrant dans une sphère spéciale (Gesellschaftliche Sondersphäre) où la société s'oppose à l'associé en tant qu'être collectif (Kollective Einheit), contracte avec lui ou plaide contre lui sous la firme sociale. — Cf. Gierke, *die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, 1887, p. 530, et *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Berlin, 1902, p. 31.

personnalité morale? Aussi bien, ce régime n'est-il pas le fruit de l'activité créatrice de propriétaires, libres de faire ce qu'ils veulent de leurs biens dans les limites de leur droit, libres par conséquent de mettre ces biens en commun de la manière qu'ils jugent la plus favorable à la réalisation du but qu'ils se proposent? Et cependant nous ne croyons pas possible de leur accorder pareille faculté, car de leur propriété individuelle, pleine et entière et temporaire, les associés font une sorte de propriété à caractère perpétuel, qui n'a plus de commun avec l'indivision de l'article 543 du Code civil que le nom, qui n'a donc pas été prévue par cet article, qui par suite ne trouvera d'application que dans les hypothèses et sous les conditions déterminées par la loi (1).

La thèse se présentait au début sous un aspect très libéral, elle ne l'est au fond pas davantage que la théorie de la fiction. L'une et l'autre conduisent aux mêmes conclusions dangereuses qu'il faut à tout prix éviter. Comment y échapper? En reconnaissant franchement le phénomène juridique qui s'impose: la *réalité* de la personne morale.

III. — Nous n'avons point à retracer ici le processus, qui a permis à la majorité des auteurs modernes (2), par-

(1) L'argument vaut *à fortiori* pour le cas de *fondation*, où le propriétaire, non seulement démembre son droit, mais encore l'aliène au profit de bénéficiaires inexistants ou indéterminés.

(2) Sans prétendre en donner une énumération complète, citons les plus connus : Gierke, *Deutsches Privatrecht*, 1895 et *die Genossenschaftstheorie und die deütsche Rechtsprechung*,1887 ; Karlowa, *Grünhuts Zeitsch.*, t. XV, p. 286 et suiv. ; Bernatzick, *Archiv für öffentl. Recht*, 1890, p. 169 et suiv. ; Meurer, *der Begriff und Eigenthümer der heiligen Sachen*, p. 84 et suiv. ; Jellinek, *System der subjectiven öffentl. Rechte*, p. 13 et suiv. ; en France : Hauriou, *Leçons sur le mouvement*

tisans de la théorie de la réalité, d'en établir le bien fondé, encore moins à entreprendre avec eux une analyse approfondie de la notion de droit subjectif et de sujet de droits. En France, les remarquables ouvrages de MM. Michoud et Saleilles ont répandu une suffisante clarté sur ces notions jusqu'alors mal définies (1).

Si, comme on le prétend : « Le droit subjectif est un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social et exercé par une volonté autonome » (2), il n'y a plus de motifs d'affirmer que la personne humaine seule est capable d'acquérir et de posséder des droits, parce que la personne humaine n'est point la seule organisée de manière à faire valoir ses droits, mais qu'au contraire la per-

social, p. 144 et suiv., et de « la Personnalité comme élément de la réalité sociale », *Revue générale de droit*, p. 5 ; *Précis de droit administratif*, 7e édit., 1911, p. 118 ; *Principes de droit public*, 1910, p. 640 et suiv. ; Boistel, *Philosophie du droit*, t. II, n° 314 ; Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité* p. 137 et suiv. ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. I, 2e édit., n° 296 *bis* ; Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 170 ; Michoud, *loc. cit.* ; Saleilles, *loc. cit.* ; Clunet, *Des associations*, t. 1909, p. 307 et suiv., etc. — Néanmoins, la thèse négative compte encore des représentants ; en France, outre MM. Planiol, Berthélemy et Duguit, cf. Demogue, *Notions fondam.*, p. 352 et suiv. — En Italie, le professeur Manara s'est élevé à plusieurs reprises contre la théorie qui fait, des sociétés commerciales, des personnes morales « de création législative ». *Delle società e delle associazioni commercial* ; — Turin, 1902-1904 ; *Foro italiano* 1911-I-726 ; *Riv. di der com.* 1911-I-726 ; *Riv. delle soc. com.* 1912, 1 et suiv.

(1) Comp. aussi Demogue, *loc. cit.*, chap. II, p. 320 et suiv.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 543. — La grande discussion porte sur l'importance respective des éléments : volonté et intérêt dans la notion de droit subjectif. L'école germaniste n'ayant discerné que l'élément volonté, s'était attaché à démontrer que les êtres collectifs avaient une volonté propre, cf. Gierke, *die Genossenschaftsth*, p. 608 ; Zitelmann, *Begriff und Wesen der sogenannten jüristischen Personen*, p. 62 et suiv. En France, cf. : Worms, *Organisme et société*. Thèse 1896.

sonnalité morale des associations et des fondations a sa base dans une individualité objective, c'est-à-dire dans un organisme qui lui sert de support, en quelque sorte comme le corps humain à l'âme, — parce que la personne humaine n'est point la seule investie d'une fonction sociale, mais qu'au contraire les entités juridiques : Etat, département, commune, société, association, établissements publics et d'utilité publique jouent un rôle certain dans la marche de la société du point de vue même de l'ordre et de l'équilibre, qu'elles représentent bien des intérêts collectifs et permanents, distincts des intérêts individuels de leurs membres, — parce qu'enfin la personne humaine n'est point la seule à poursuivre la satisfaction de ses intérêts, à l'aide d'un moyen qui lui soit propre : une volonté autonome, mais qu'au contraire la personne morale possède à son service une volonté collective, qui certes est bien encore la volonté des membres qui la composent, mais la volonté de ses membres unifiée, débarrassée de toute considération d'intérêt individuel, dirigée vers un même but, véritable « volonté de fonction », comme l'appelle très justement M. Saleilles.

Telle se présente en résumé la thèse de la réalité des personnes morales, de la réalité juridique (1), cela s'entend ; aussi bien la personnalité, au sens juridique du mot n'est-elle une réalité qu'aux yeux des seuls juristes, qui la conçoivent comme un postulat nécessaire à l'étude de ces rapports, que l'on nomme des droits (2).

(1) Les auteurs se sont mépris souvent sur le sens de ce mot « réalité », et le malentendu a été cause que le phénomène de la personnalité morale leur a paru si obscur et a suscité des discussions aussi passionnées.

(2) Comp. sur ce point les analyses très fines de M. Hauriou : « La

Nous avons hâte de dégager la conséquence capitale de cette théorie. Puisque les collectivités d'individus, soumises à un régime corporatif, et les fondations jouissent des avantages de la personnalité juridique, dès qu'elles réunissent les éléments essentiels en lesquels ce concept s'analyse, toute intervention de l'Etat, par la voie législative ou administrative devient superflue, pour leur conférer une personnalité, qui lui serait forcément préexistante. Assurément l'Etat peut intervenir, lors de leur apparition, en vertu de ses attributions policières, pour décider si telle ou telle institution ne viole pas l'ordre public ou les bonnes mœurs, si elle ne constitue point un danger pour l'Etat lui-même ou une arme destinée à rompre l'équilibre dans son sein ; mais on le dépouille de ses pouvoirs créateurs, on lui retire la baguette magique, qui lui permettait de faire sortir la personne morale du néant et de l'appeler à la vie juridique. Associations et fondations s'imposeront à lui ; il les reconnaîtra ou ne les reconnaîtra pas, mais il ne les créera plus.

On comprend le surcroît d'intérêt et d'importance qu'acquiert avec cette théorie l'étude de la période de formation de la personne morale. C'est qu'en effet, en la supposant exacte et en la prenant comme point de départ, nous pourrons vraiment parler de période constitutive de l'être moral, nous assisterons réellement à la conception de cet être, à sa formation interne, à sa naissance comme à la conception, à la formation interne et à la

personnalité est un procédé de la technique juridique, destiné à faciliter la vie de relation avec autrui, par la synthèse de ce qui est propre à chaque individu.» *Principes de droit public*, p. 101 et suiv. ; v. aussi, p. 668.

naissance d'un être humain. Société, association et fondation ne sortiront plus toutes formées et pourvues de la personnalité juridique, du dernier acte qui précède leur fonctionnement et auquel la loi a rattaché leur constitution définitive. Il ne faut point oublier qu'elles aussi sont des organismes, dont les différentes pièces ne se dessinent que peu à peu, sans cependant qu'on puisse dire de la dernière apparue : elle seule est la cause de l'existence du nouvel organisme. En réalité, toutes ont plus ou moins également contribué à sa formation, et l'apparition de chacune d'elles a marqué une phase de son développement.

Les opérations constitutives de la personnalité morale se déroulent non pas en un seul, mais en plusieurs actes ; elles suivent une marche déterminée, conduisant au résultat final qui clôt la procédure (1). Et cette constatation importante vient éclairer d'un jour tout nouveau la période que nous étudions de la vie des entités collectives et des fondations. Ne serait-il pas possible désormais d'appliquer, dans une certaine mesure et par anticipation, aux personnes morales en voie de formation le droit même qui les régit après leur naissance, et d'étudier ainsi, à la lueur de ce droit, les relations délicates à définir qui s'établissent entre souscripteurs ou associés, à l'origine de la société ou de l'association ?

Si la doctrine semble maintenant abandonner l'idée

(1) L'expression « opération à procédure » qu'emploie M. Hauriou pour caractériser la fondation d'une société ou d'une association nous paraît assez heureuse ; elle montre bien que cette fondation est soumise à une procédure, et que chaque acte qui s'y rapporte la fait avancer d'un pas. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 140 et suiv. *Principes de droit public*, p. 145.

de fiction de personnalité (1), elle n'a point encore eu l'occasion de répudier toutes les conséquences que cette idée l'avait contrainte à introduire. Il lui faut cependant poursuivre son œuvre d'assainissement à peine ébauchée, et il est de notre devoir de l'aider dans cette tâche.

Or il nous apparaît que persister à rechercher derrière le voile de la personnalité morale, non seulement pendant la vie de l'entité collective, mais aussi et surtout à sa naissance, toujours et uniquement des rapports contractuels entre les membres qui la composent, c'est encore faire de la capacité juridique de ce groupement quelque chose d'imaginaire et de fictif, c'est encore la considérer comme un procédé destiné à faciliter les relations des individus entre eux et à les expliquer, c'est, enfin et surtout, méconnaître l'organisation intérieure et originale de la corporation, de quoi la doctrine, jusqu'aux travaux de MM. Saleilles et Hauriou ne s'était guère préoccupée en France (2). Il est indispensable, au contraire, de se bien pénétrer de l'idée inverse que si la personne morale est une réalité juridique, c'est-à-dire un organisme autonome, apte à devenir titulaire de droits et d'obligations, le droit qui la régit et qui, nous le verrons, préside aussi à sa formation, ne peut puiser sa force uniquement dans un accord exprès ou tacite des volontés individuelles

(1) Cette théorie compte encore cependant de nombreux représentants ; citons : Aubry et Rau, *Droit civil*, 1906, t. I, § 54 ; Ducrocq, *Droit administratif*, 1re édit., t. IV, n° 1372 ; 7e édit., t. VI, p. 76 et suiv. ; Laferrière, t. I, § 318 ; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit com.*, t. II, nos 205 et suiv. ; Arthuys, *Sociétés*, t. I, p. 103 ; Bourcart, *Des assemblées générales*, etc., p. 32 ; Thaller et Pic, *Des sociétés*, t. I, p. 196 et suiv. ; Tissier, *Dons et legs*, t. I, nos 39 et suiv. ; Trouillot et Chapsal, *Contrat d'association*, p. 78 et suiv., etc.

(2) Voir cependant : Thaller, note au Dalloz, 1893.1.105.

et que, selon l'heureuse expression d'un auteur : « Il dépasse et déborde singulièrement la sphère du contrat (1). » La société et l'association vivent d'une vie propre. Qu'est-ce à dire ? Si non qu'elles absorbent les éléments individuels qui leur servent de substratum, qu'elles s'imposent à eux, et par suite que la loi qui les gouverne a son fondement en dehors d'eux ? Dans quel domaine ? Il restera à le préciser.

Pour l'instant, nous ne pousserons pas plus loin cette analyse. Ces quelques pages suffisent à donner un aperçu de nos développements ultérieurs. Ils auront pour point de départ la thèse de la réalité des personnes morales. Mais nous espérons aussi, par l'étude de la phase préparatoire à la naissance de ces personnes, contribuer à asseoir cette thèse sur des bases plus solides.

§ 2

Envisagée sous son aspect pratique, la question ne semble pas offrir un moindre intérêt.

On se demandera tout d'abord, quand la personne morale est-elle définitivement constituée. Et il convient de déterminer cet instant avec précision ; car à dater de lui seulement, corporations ou fondations possèdent une capacité pleine et entière et peuvent commencer à fonctionner.

A partir de cette époque, le fondateur, s'il crée de son vivant l'œuvre charitable, perd le droit de revenir sur sa déclaration (2).

Une association, personne morale, ne peut être annulée en cette qualité, tant qu'elle n'a pas rempli la dernière

(1) Saleilles, *loc. cit.*, p. 430.
(2) Comp. art. 8 du B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbüch).

formalité constitutive (arg. des art. 7 et 5 de la loi du 1er juillet 1901 combinés).

Après la constitution, les souscripteurs d'actions d'une société deviennent des associés définitifs, ne peuvent plus prétexter le défaut de formation de la société, pour exiger le remboursement intégral des sommes souscrites, et les actions de numéraire sont négociables, c'est-à-dire transmissibles par les modes commerciaux. La date de constitution de la société marque le point de départ de nombreux délais : délai d'un mois pour effectuer la publication ; délai de deux ans, à l'expiration duquel les actions d'apport deviennent négociables ; délai de dix ans, pendant lequel peuvent être exercées l'action en nullité pour vice de constitution et l'action en responsabilité contre les fondateurs et administrateurs. Avant la clôture de la période constitutive, les vices de constitution sont facilement réparables et ne donnent pas ouverture à l'action en nullité, pourvu que la société n'ait pas déjà fonctionné (1), etc.

Et puis, pendant la période préparatoire à la naissance de l'être moral, des relations se créent déjà entre les différentes personnes qui collaborent à sa formation. En général, deux ou plusieurs individus prennent l'initiative de l'affaire, fixent les règles suivant lesquelles fonctionnera le groupement futur, décident de se partager les bénéfices et les pertes de la fondation, établissent ainsi entre eux une communauté d'intérêts, qui d'ailleurs

(1) Sur le point de savoir si une société peut être déclarée nulle, lorsqu'elle a fonctionné, avant d'être sortie de la phase constitutive, et en général sur les divers intérêts que présente la détermination de la date de formation définitive d'une société par actions, cf. *infra*, titre I, chap. II, sect. III.

ne survit pas à la constitution définitive de la corporation. Il y a là une première série de rapports à étudier.

Mais les fondateurs proposent au public de participer à l'entreprise nouvelle. Ils s'entendent dans ce but avec les souscripteurs. A quoi les uns et les autres s'engagent-ils exactement ? Est-ce en leur nom propre, que les fondateurs contractent avec les personnes disposées à adhérer aux statuts ? Si l'on considère également la situation des futurs associés, les uns par rapport aux autres, pendant la période constitutive, peut-on dire que ceux-ci soient toujours unis entre eux par les liens d'un contrat, et si ce contrat existe, quel en est au juste l'objet ? Autant de points obscurs que nous essaierons d'élucider, et dont la solution permettra de prendre parti dans les discussions ouvertes sur la date de l'engagement des souscripteurs, les effets, à l'égard de la corporation, des réserves insérées dans les bulletins d'adhésion, les conséquences du dol des promoteurs, etc.

Enfin, lorsqu'après cette analyse des opérations de la phase préparatoire, la question se pose fatale, inévitable de savoir quel est l'acte véritable qui engendre l'apparition d'un nouvel organisme social, elle ne présente pas non plus un intérêt purement théorique. Car s'il est démontré que cet acte précède l'accomplissement de la dernière formalité constitutive, qu'il intervient même au début de la période d'élaboration, il faudra conclure à une existence anticipée de la personne morale en voie de formation, il faudra rechercher les manifestations de son activité.

§ 3

Notre travail se divisera donc en trois parties principales. Après avoir déterminé ce qu'est la période consti-

tutive et les limites dans lesquelles il convient de la renfermer (titre I), nous analyserons les divers actes qui s'y rapportent, les diverses relations qui s'établissent entre personnes intéressées à la formation de la personne morale (titre II), et nous terminerons par un examen de la condition juridique de la personne morale en voie de formation (titre III).

TITRE PREMIER

DE LA PÉRIODE CONSTITUTIVE DES PERSONNES MORALES. SA DÉFINITION. SES LIMITES.

Qu'il s'agisse d'une société, d'une association ou d'une fondation, toute personne morale — et par là nous entendons parler d'un être juridique, pourvu d'un organisme propre, le rendant apte à devenir titulaire de droits et d'obligations, — avant de pouvoir faire valoir elle-même ses droits ou être actionnée en justice pour l'exécution de ses obligations, doit satisfaire à certaines conditions ; tant qu'elle ne s'est point soumise aux exigences de la loi, elle ne peut valablement fonctionner. Cette phase, pendant laquelle ses fondateurs sont astreints à remplir les formalités légales de constitution, s'appelle *la période constitutive*.

L'apparition de la personne morale suppose donc l'existence d'une période constitutive, au cours de laquelle les fondateurs doivent l'aménager selon le vœu du législateur. Mais inversement, il n'y a période constitutive que lorsqu'est en question la naissance d'un nouvel être juridique.

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXISTENCE D'UNE PÉRIODE CONSTITUTIVE.

SECTION I. — La naissance des sociétés de personnes n'est pas précédée d'une période constitutive.

I. — Dans ces dernières années, et sous l'empire de la théorie de la fiction, la doctrine et la jurisprudence ont considérablement élargi le champ d'application du concept de personnalité morale : ayant remarqué que les sociétés commerciales et les sociétés civiles elles-mêmes donnaient naissance à une masse de biens soumis à un régime spécial d'affectation exclusive du patrimoine des associés au but social, marqué notamment par un droit de préférence des créanciers sociaux, une impossibilité pour l'associé de compenser ses dettes personnelles avec les créances sociales, le caractère mobilier de son droit (1), etc., en un mot qu'elles présentaient les apparences non plus d'un simple contrat générateur d'obligations n'ayant d'effets qu'*inter socios*, comme la *societas* du droit romain, mais d'une collectivité titulaire d'un patrimoine propre et s'imposant aux tiers, la jurisprudence et la doctrine, disons-nous, n'hésitèrent pas à reconnaître aux unes et aux autres les attributs de la personnalité morale (2). Certes il ne convient pas de les en blâmer.

(1) Comp. l'énumération des conséquences de la personnalité civile dans Thaller, *Droit commercial*, 4e édit., p. 181 et suiv.

(2) Pour les sociétés *commerciales*, la personnalité leur est acquise

La *societas* du droit romain ne correspondait plus aux nouveaux types de sociétés s'extériorisant, se révélant aux tiers, que depuis longtemps la pratique et les besoins du commerce avaient imaginés.

Mais peut-être la jurisprudence ne s'est-elle point suffisamment avisée d'autres idées susceptibles de rendre un compte aussi exact des faits, sans prêter autant le flanc à la critique. Et cependant, en 1890 déjà, un auteur, M. Mongin, dans un important article(1), écartant l'idée de personnalité morale, avait cherché dans la simple interprétation de la volonté des parties, l'explication du régime des sociétés civiles et des sociétés commerciales, fondées *intuitu personæ*. Depuis lors M. Thaller a étendu cette théorie à toutes les sociétés commerciales, en faisant remarquer que toutes présentent le caractère commun de constituer des associations à existence externe, parce que soumises à la publicité, d'être « des maisons de verre où les associés proposent aux tiers de plonger leur regard ». Nous ne suivrons pas jusque-là l'éminent professeur, persuadé que nous sommes de l'exellence des arguments qui militent en faveur de la personnalité de certaines sociétés commerciales, où la considération de la personne des adhérents importe peu, qui sont avant tout des sociétés de capitaux, telles les sociétés anonymes et les commandites par actions (2).

de longue date. Certains auteurs la font remonter au Moyen Age. Lyon-Caen et Renault, *loc cit.*, nos 126 et suiv. ; Paul Pont, *Soc. civ. et com.*, t. I, n° 124. Quant aux sociétés *civiles*, la jurisprudence ne s'est décidée à les déclarer personnes morales qu'en 1891. — Cf. les deux arrêts célèbres de la Cour de cassation, 23 février 1891, S. 92.1.73, et 2 mars 1892, S. 92.1 497 et les notes de M. Meynial.

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1890, p. 697 et suiv.

(2) M. Ricol refuse à ces dernières le bénéfice de la personnalité morale, *loc. cit.*, p. 312.

Néanmoins, ces réserves faites, il reste que les critiques qu'a soulevées parmi les auteurs modernes (1) l'extension aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales formées *intuitu personæ* : société en nom collectif et société en commandite par intérêts, de la personnalité juridique, nous paraissent tout à fait justifiées. A qui fera-t-on croire en effet qu'à la suite d'un simple accord de volontés entre individus, qui se connaissent et se choisissent pour mettre en commun leur fortune et leur activité dans le but d'en retirer des bénéfices et de se les partager, un nouvel être juridique va prendre naissance, qui se superposera aux associés et masquera leur personnalité ? C'est un tout autre résultat que ces individus se sont proposé. Loin de désirer s'abriter derrière le fantôme d'une entité morale, qui ne pourrait être ici que fictive puisqu'elle ne représenterait plus un centre d'intérêts collectifs distinct de la sphère des intérêts individuels de chacun des adhérents, ils entendent au contraire rester au premier plan, s'obliger personnellement et même solidairement envers les tiers, qui de leur côté ne contractent avec la société qu'en

(1) Cf. Michoud, *loc. cit.*, p. 151 et suiv., p. 173 ; Saleilles, *op. cit.*, p. 418 et 419 ; Capitant, *loc. cit.*, p. 173 et 178 ; Lacour, *Précis de droit commercial*, p. 143-147 ; Bovay, *De la responsabilité civile des personnes morales*, thèse Lausanne, 1911 ; Guisan, *La notion de la Gesammte Hand ou de conjonction appliquée à la société en nom collectif*, thèse Lausanne, 1905 ; Gazin : *Essai, critique sur la notion de patrimoine*, thèse Dijon, 1910, p. 388 et suiv. — *Adde* : Valéry, Les sociétés civiles sont elles vraiment investies de la personnalité juridique ? *Rev. des soc.*, 1913, p. 1 et suiv., et en particul. p. 58. — En *Belgique*, toutes les sociétés commerciales, sans exception, jouissent du bénéfice de la personnalité morale. Le législateur de 1886 s'est exprimé sur cette question en des termes formels : « chacune d'elles constitue une *individualité juridique* distincte de celle des associés » (art. 2 de la loi du 21 mai 1886).

considération du crédit personnel des associés. Tout au plus peut-on reconnaître à la masse des biens apportés en communauté une certaine autonomie, qui se manifeste par un régime d'administration unitaire et par l'impossibilité pour chaque associé de disposer de sa part, d'ailleurs indéterminée. Mais la propriété de ces biens, propriété collective (d'autres diront en main commune) n'en continue pas moins à reposer sur la tête des membres de la société. Ceux-ci ont convenu seulement d'affecter leurs apports à un but social et de s'en interdire le partage tant que ce but ne serait pas réalisé ; s'ils ont voulu en outre extérioriser l'acte de société et en respecter les stipulations même dans leurs relations avec les tiers, on dira qu'il y a eu « extension à ceux-ci de la charte qui gouverne les associés ».

Notre ancien droit n'a jamais appliqué aux sociétés de personnes la fiction de personnalité, parce que cette notion lui paraissait contredire à l'idée d'une responsabilité individuelle de leurs membres. Seules, les sociétés par actions jouissaient de ce bénéfice à cause de leur forme corporative. Quant aux autres groupements à but lucratif, les règles, qui les gouvernaient, se justifiaient par l'idée d'un patrimoine d'affectation soumis au régime de la main commune (1). « La société en nom collectif, écrit M. Saleilles, ne fut qu'une variété de la copropriété en main commune, avec superposition d'un contrat personnel, le contrat de société, qui liait entre eux les associés (2). »

(1) L'expression de *main commune* se trouve chez d'anciens auteurs. — Cf. Bornier, *Conférences de nouvelles ordonnances* (1703), t. II, p. 403 ; Toubeau, *Les Institutes du droit consulaire* (1700), t. II, n° 111.

(2) Saleilles, *Personn. jurid.*, p. 297-299, et pour la société en com-

II. — En matière de sociétés de personnes, c'est avant tout à l'intention des parties contractantes qu'il faut s'en référer, car les relations qui s'établissent soit entre elles, soit avec les tiers, sont l'œuvre de leurs volontés individuelles, l'exécution d'un contrat librement discuté. Le contrat joue ici un rôle essentiel, à tel point que là même où l'on saura pertinemment qu'il n'est jamais intervenu d'accord formel entre les intéressés, on en feindra encore l'existence (1), on parlera de volonté présumée ou tacite des associés. Et c'est pourquoi la date de la conclusion du contrat sera la date de la clôture de la période constitutive dans les sociétés de personnes, si tant est qu'on puisse concevoir la possibilité d'une pareille phase dans l'existence de ces sociétés, où la présence d'une convention valable est le seul élément essentiel à leur formation (2).

mandite : Etude sur l'histoire des sociétés en commandite (*Ann. de droit comm.*, 1895, p. 18-26, 41-79 ; 1897, p. 29-49).

(1) C'est ce qui se passe pour les sociétés créées de fait, ou sociétés résultant de la collaboration de plusieurs personnes à une même exploitation, sans qu'aucun accord, même verbal, soit intervenu entre elles. Lorsqu'il s'agit de procéder à leur liquidation, la jurisprudence tend néanmoins à rechercher la commune intention des parties, au lieu d'appliquer ici les principes généraux en matière de liquidation. — Comp. Hémard, *Des nullités des sociétés*, etc., p. 576, et les arrêts cités par cet auteur.

(2) « Dans les sociétés civiles, la société commence à l'instant même du contrat. » Vavasseur, *Soc. civ. et comm.*, t. I, 5e édit., p. 60. — Ce que cet auteur dit des sociétés civiles, pourrait être étendu aux sociétés en nom collectif et en commandite par intérêts. Il est vrai qu'ici on se heurte à la nécessité de l'accomplissement de deux autres formalités, en apparence substantielles, qui, tant qu'elles ne sont pas remplies, pourraient faire dire de la société qu'elle est encore en voie de formation : l'existence d'un écrit relatant l'acte de société, et une certaine publicité donnée à cet acte. Justice a été faite de cette objection par la doctrine qui l'a victorieusement réfutée. En ce qui concerne les *formalités de publicité*, le doute n'est pas possible ; ce ne

Un récent arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 14 février 1912 (1) est venu cependant

sont point des formalités substantielles, mais des mesures de précaution, que la loi édicte en faveur des tiers, toutes les fois qu'il s'agit de contrats susceptibles de produire effet à leur égard. La société n'en est pas moins définitivement constituée dès avant leur accomplissement. La preuve se tire de l'article 55 de la loi de 1867, qui décide que la publicité de toute société commerciale doit être réalisée dans le mois de sa constitution, ce qui suppose que les opérations sociales ont pu déjà commencer avant l'expiration de ce délai, et partant que la publicité n'est point une formalité indispensable à la constitution de la société. Sur la distinction à faire entre la *nullité* et la simple *inopposabilité*, ou encore entre la *nullité* et l'*irrégularité* de la société, conf. Hémard, *loc. cit.*, nos 144 et 145 ; en sens contraire, Thaller et Pic, t. I, n° 283).

Quant à la présence d'un *écrit*, malgré les articles 39 et 41 du Code de commerce qui paraissent formels, nous ne la rangerons pas non plus dans les éléments essentiels à la constitution des sociétés ; c'est dire que, pour nous, l'écrit n'est exigé qu'*ad probationem* et non *ad solemnitatem*. La majorité de la doctrine se prononce en ce sens, invoquant à la fois l'autorité de la tradition et la comparaison des articles 39 et 41 du Code de commerce avec les articles 1834 et 1341 du Code civil, de laquelle il ressort que les premiers ne sont que des variantes des derniers, une application du droit commun des preuves (sur tous ces points, comp. Hémard, *loc. cit.*, et les auteurs qu'il cite à la note 3 de la p. 157 ; en sens contraire, Houpin, *Traité des sociétés*, t. I, n° 69). M. Labbé a soutenu qu'avant la rédaction de l'acte de société et sa publication, la société existe bien en tant que *contrat*, mais non en tant que *personne juridique* (Labbé, note au S. 73.2.169, sous Toulouse, 22 juin 1872). Ce système est inacceptable. Lorsque la société est définitivement constituée (et selon nous, quand il s'agit d'une société de personnes, elle l'est, dès que les parties sont d'accord), elle possède la personnalité juridique, ou du moins une certaine autonomie patrimoniale, que nous avons reconnue aux sociétés de personnes.

Une période constitutive, précédant la naissance d'une société par intérêts, se rencontrera cependant au cas où dans les statuts de celle-ci, la clause de capital variable aura été insérée (art. 48 et suiv. de la loi de 1867). En pareil cas, la société ne sera définitivement constituée que lorsqu'il aura été versé par tous les associés un dixième au minimum du capital social (art. 51).

(1) S. 1912.1.213.

répandre une certaine obscurité sur cette question.

Voici les faits : MM. Perret et Dannaud étaient, au terme d'un acte du 19 avril 1890, associés en nom collectif. Le 5 août 1892, après dissolution de leur société, ils formaient une société nouvelle en nom collectif à leur égard, et en commandite à l'égard des tiers. Cette dernière société ayant été mise en faillite le 7 février 1896, ainsi d'ailleurs que les associés en nom, M. Bouthilier avait demandé son admission au passif de la faillite sociale pour une somme de 117.930 fr. 85, montant du compte courant ouvert par lui à la dite société Perret, Dannaud et Cie, et arrêté au 7 février 1896. Mais les syndics avaient prétendu extraire du compte courant social la somme de 101.941 fr. 45 représentant d'après eux le montant en capital et intérêts du prêt fait par M. Bouthilier, pour en reporter la production au passif personnel de MM. Perret et Dannaud, sous prétexte qu'il ne s'agissait pas en réalité d'un prêt consenti à la société, mais bien aux associés personnellement, car la demande d'ouverture de compte courant avait été faite, et une avance de 50.000 francs (sur les 100.000) consentie le 25 juillet 1892, tandis que la nouvelle société n'avait été fondée que le 5 août suivant. Appelés successivement à statuer sur cette affaire, le Tribunal de commerce, par jugement du 12 juillet 1906, et la Cour d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 23 mars 1908, admirent tous deux, quoique en des termes différents, la production de Bouthilier au passif de la société en commandite. La Cour s'appuya notamment sur le fait que Bouthilier « était au courant du *projet de formation* d'une société en commandite, que dans une lettre écrite le 2 juillet 1892, il discutait ce projet, en critiquait certaines parties..., qu'il était impossible de ne pas considérer

le prêt fait dans ces conditions par Bouthilier, comme fait à la société qui allait prendre vie le 5 août 1892 etc... ». Un pourvoi en cassation fut formé par les autres créanciers de la société, les sieurs Terrasson et Boursier, pour violation des articles 1134 et 1168 du Code civil et des principes établissant la séparation du patrimoine des associés et du patrimoine de la société, l'arrêt attaqué ayant considéré qu'une dette était une dette sociale, bien qu'elle fût née avant la création de la société et que les parties contractantes ne l'eussent affectée d'aucune condition suspensive. En outre, le pourvoi faisait remarquer que la dette de la société, née avant la formation de celle-ci, n'avait jamais été portée à la connaissance des tiers, l'extrait de l'acte social publié n'en ayant pas fait mention.

Le problème était donc bien nettement posé. Comment la Cour allait-elle le résoudre ? La Chambre des requêtes admit le pourvoi, la Chambre civile se contenta de le rejeter, nous disons se contenta, car les motifs fournis à l'appui de la décision de rejet sont, — comme il advient toujours quand la Cour suprême cherche à se dérober, — tirés de l'intention des parties, souverainement interprétée par les juges du fond (1). Il n'en demeure pas moins vrai que, sinon à la suite de l'arrêt de la chambre civile, du moins à la suite de l'arrêt de la Cour de Bordeaux, deux questions peuvent se poser, sans qu'aucune d'ailleurs ait été catégoriquement résolue par l'une ou l'autre de ces décisions :

(1) « Attendu, dit la Cour, que des motifs ainsi pris de l'intention des parties dans la *période préparatoire* des accords, de l'interprétation et de l'exécution qu'a reçue la convention une fois formée, les juges du fond ont pu, sans violer aucun texte de loi, conclure que dans les conditions où le prêt a été constitué par Bouthilier, il l'a été, non aux associés personnellement, mais bien à la société, etc... »

1° Peut-on concevoir une période préparatoire à la constitution définitive de la société en commandite par intérêts (1) ?

2° La société une fois constituée sera-t-elle tenue d'acquitter les dettes contractées pour son compte, avant sa formation, et à quelles conditions ?

Nous laisserons provisoirement de côté l'examen de ce second point, quitte à le reprendre plus loin (cf. titre III).

Pour résoudre le premier, nous ne supposerons pas qu'il soit intervenu entre les parties, antérieurement au contrat de société, une promesse de société (2) ; ce n'était d'ailleurs pas le cas dans l'espèce soumise à la chambre civile. Avec la Cour de Bordeaux, nous admettrons qu'il y a eu seulement *projet de formation* d'une société en commandite. Reste à se demander si le délai, qui s'écoule entre la conception du projet et sa réalisation, peut être assimilé à la période de formation d'une société par actions ou d'une personne morale en général ; question qui n'est point dénuée de tout intérêt pratique si, plus tard (3), il est démontré que la société par actions ou l'association existe dans une certaine mesure déjà durant le temps qu'elle met à se constituer (4), et que cette demi-existence

(1) La question se poserait dans les mêmes termes pour la société en nom collectif. Cass., 14 décembre 1886 (S. 87.1.310, *Pand.*, 1887. 1.756, deux arrêts).

(2) Au cas de promesse de société, un contrat a été conclu, contrat de nature spéciale, par lequel l'une des parties s'engage à conclure le contrat définitif, quand l'autre le voudra. Pareille stipulation n'a rien de commun avec les pourpalers sans conséquence juridique, qui s'engagent entre les futurs associés, avant que la société soit formée. Sur la différence entre l'avant-contrat et la punctation, Cf. Leduc, *Avant-contrats*, thèse Paris 1909, p. 64 et suiv.

(3) Cf. *infra*, tit. III, chap. II, sect. II.

(4) Il importe peu que le commencement de la société ait été subor-

lui assure, lors de sa naissance, les bénéfices, comme elle lui impose aussi les charges des contrats conclus pour son compte pendant cette période,

Il ne faut pas hésiter à répondre par la négative. L'assimilation paraît difficile à réaliser pour deux motifs. D'abord le temps plus ou moins long qui s'écoule entre l'instant où les parties intéressées forment le projet de s'associer, c'est-à-dire entrent en pourparlers dans ce but,et celui où elles se décident à le mettre à exécution, c'est-à-dire à conclure le contrat définitif, ne rentre pas dans la définition, donnée au début de ce chapitre, de la période constitutive. Elle est, disions nous, la phase pendant laquelle les fondateurs doivent remplir les formalités légales de constitution. Or ces formalités, on ne les rencontre pas ici ; la loi n'en exige aucune, elle se contente de l'existence d'un contrat valable entre les parties, la relation par écrit de l'acte social et sa publicité ne devant point, on le sait, être considérées comme des éléments essentiels à la constitution des sociétés. Un simple accord de volontés des associés suffit à faire naître un lien juridique entre eux : celui-là même qui les unira par la suite ; il n'existait point avant, il existe après et définitivement.

Enfin, et c'est le second motif qui nous détermine à repousser l'idée d'une période constitutive de la société de personnes, il y a impossibilité matérielle de fixer l'un

donné à l'arrivée d'une condition ou d'un terme. Au premier cas, la condition rétroagissant, le contrat produit ses effets à partir du jour où il a été conclu. Au second cas, la naissance du rapport de droit n'est pas suspendue, son exécution est seulement retardée ; par conséquent, avant même l'échéance du terme, la société est définitivement constituée.

du moins des deux points extrêmes entre lesquels se déroulerait cette prétendue période : si la date de clôture coïncide nécessairement avec la date de la conclusion du contrat, la date d'ouverture par contre ne sera jamais révélée. Comment savoir l'instant précis où les parties ont pour la première fois envisagé la formation, entre elles, d'une société ? Ne va-t-on faire reculer cet instant indéfiniment dans le passé, au grand préjudice des créanciers sociaux postérieurs à la constitution, qui se trouveront, si la société tombe en faillite, concourir avec des créanciers, dont la créance aura pris naissance pendant la prétendue période d'élaboration ? Les futurs associés auront intérêt à retarder le plus possible l'accord définitif ; inconvénient particulièrement grave si, comme le laisse entendre la Chambre civile de la Cour suprême, il leur est permis ensuite de ne faire mention, ni dans l'acte social, ni dans l'extrait qui en est publié, des dettes contractées antérieurement pour le compte de la collectivité, et qui grèvent le patrimoine commun dès son apparition.

Mais l'existence d'une période constitutive se conçoit-elle davantage, lorsqu'une *promesse de société* précède la conclusion du contrat définitif ? Nous ne le pensons pas. Du reste il faut s'entendre sur le sens de cette expression : promesse de société.

S'agit-il d'une promesse unilatérale, par laquelle une seule des parties s'oblige à conclure le second contrat, elle n'a pas pour effet de faire entrer la société dans la phase de sa réalisation, parce que l'autre partie ne demandera peut-être jamais l'exécution du contrat unilatéral, et qu'au surplus, si elle le demande, c'est à ce moment-là seulement que les parties échangeront leur con-

sentement à la formation du contrat synallagmatique ; auparavant la société n'existe même pas provisoirement entre elles.

S'agit-il d'un avant-contrat synallagmatique au contrat de société, de deux choses l'une : ou bien, le second contrat n'ajoute aucun élément nouveau au premier, et c'est en réalité celui-ci qui constitue le pacte social et crée la société (1) ; ou bien les parties ont entendu reculer la conclusion de l'accord définitif et la naissance de la société au jour de la rédaction d'un acte authentique ou sous seing privé, mais alors il faut répéter ici que, jusqu'à ce que cet acte intervienne, la société n'a aucune existence provisoire. Car, même en pareil cas, la promesse de société, ce n'est pas la société ; dans l'intervalle, aucune communauté d'intérêts ne s'établit entre les parties, et ne serait-ce seulement qu'à leur égard, la rédaction de l'acte écrit ne saurait avoir d'effet rétroactif.

En définitive, il est préférable de nier l'existence d'une phase préparatoire à la naissance de la société, formée, *intuitu personæ* ; ce qui ne préjuge pas la seconde question soulevée par l'arrêt de la Cour de cassation, celle de savoir si cette dernière, une fois constituée, n'en sera pas moins obligée, dans certaines circonstances, à exécuter les obligations mises à sa charge lors de sa formation.

(1) Sur l'impossibilité d'un avant-contrat synallagmatique à un contrat consensuel, cf. Leduc, *Avant-contrats*, p. 163 et suiv. Même au cas où les parties se sont engagées à faire dresser par devant notaire un acte de société, la rédaction de l'acte authentique peut très bien avoir été considérée par elles, comme un simple moyen de prouver dans l'avenir le contrat, et non comme un élément essentiel à sa naissance, surtout si les bases de la société ont été fixées déjà dans l'acte sous seing privé. — Cf Hémard, *loc. cit.*, n° 96.

III. — La plupart des législations étrangères n'ont pas résolu autrement le problème.

Le droit *allemand* connaît, à côté des *sociétés de capitaux* (société anonyme, Aktiengesellschaft, société en commandite par actions, Kommanditgesellschaft auf aktien, société à responsabilité limitée, Gesellschaft mit beschraenkter Haftung) et d'autres sociétés, telles que les sociétés coopératives (Eingetragene Genossenschaft) (1) et les sociétés d'assurances mutuelles (2), dont la constitution reste inhérente à l'accomplissement de certaines formalités et qui sont douées de la personnalité juridique (3), des *sociétés de personnes*, civiles et commerciales : société du droit civil, société en nom collectif (Offene Handelsgesellschaft),société en commandite simple (Einfache Kommanditgesellschaft), société d'armement collectif de navires (Reederei), dépourvues de toute personnalité, soumises au régime de la propriété en main commune, qui se forment par le seul consentement des parties contractantes (4),et dont la phase constitutive est, à vrai dire, inexistante.

(1) Loi d'Empire du 1er mai 1889, modifiée par la loi du 12 août 1896 et la loi d'introduction au Code de commerce (art. 10).

(2) Loi d'Empire du 12 mai 1901, en vigueur depuis le 1er janvier 1902.

(3) Selon Cosack (*Droit commercial*, trad. Mis sur la 6e édit., t. III, p. 284 et suiv.), la société en commandite par actions du droit allemand présente un caractère mixte : la personnalité juridique ne peut être reconnue qu'à la collectivité des commanditaires, mais elle doit lui être reconnue. Il s'appuye, pour le démontrer, sur plusieurs faits, tels que le droit reconnu à la collectivité des commanditaires d'ester en justice à titre autonome, le droit pour chacun de ceux-ci de figurer comme témoin dans les procès de la société, etc.

(4) Cf. Cosack, *loc. cit.*, p. 9, 85 et 113. Sans doute, toutes ces sociétés, pour être opposables aux tiers, doivent être inscrites au

Le droit *italien* présente la même distinction : la société en nom collectif et en commandite simple, sociétés commerciales, créées *intuitu personæ*, se constituent, sous l'empire du Code de commerce de 1883, par le seul accord de volontés des associés. Après la conclusion du contrat, la société est définitivement formée, ce qui ne veut point dire qu'elle soit, dès ce moment, régulièrement constituée. Tant que l'acte social n'a point été rédigé par écrit (art. 87), et tant que la société n'a pas été rendue publique (1), elle ne peut fonctionner qu'à titre de société, non pas nulle, mais irrégulière (2) : elle reste à la merci de l'exercice du droit que possède tout associé d'en demander la dissolution. L'écriture et la publication sont des formalités requises par la loi pour la constitution

registre du commerce ; mais l'inscription ne crée pas le droit, elle ne fait que l'affirmer. Et l'on pourrait reprendre ici l'argumentation que nous développions à propos des formalités de publicité en droit français, à cela près que le Code de commerce allemand, plus explicite que le Code français, a pris soin de déclarer expressément que du défaut d'inscription au registre du commerce, il ne résulterait pas une nullité, mais une simple inopposabilité aux tiers, et que, d'autre part, le fait, par la société en nom collectif tout au moins, de commencer l'exploitation sans avoir été au préalable inscrite, constituerait, à l'égard de ceux-ci, une mesure de publicité suffisante (art. 171 et suiv. H. G. B.). Dans la société en commandite, la responsabilité limitée des commanditaires ne peut être opposée aux tiers, tant que l'inscription n'a pas été prise, à moins que la qualité du commanditaire n'ait été connue du créancier (art. 176, H. G. B.). Quant à la société d'armement collectif, le contrat non formel y joue un rôle d'autant plus essentiel, qu'il n'y a même pas lieu à inscription de cette société au registre du commerce. Cosack, *loc. cit.*, p. 113.

(1) Sur les différentes mesures de publicité, cf. Vivante, *Traité de droit com.*, traduction Escarra sur la 3e édit., t. II, n° 365 ; Navarrini, *Trattato di dir. comm.*, vol. II, n° 670.

(2) Sur les sociétés irrégulières, comp. Hémard, *loc. cit.*, p. 689 et suiv. ; Vivante, t. II, p. 66 et suiv. ; Navarrini, nos 674 et suiv.

régulière des sociétés (art. 98 et 99, C. com.), mais on ne doit pas les considérer comme des éléments substantiels, au point que leur absence puisse faire considérer celles-ci comme inexistantes (1). Au contraire, la société « existe et elle est régie par les règles inscrites dans le Code pour les formes correspondantes de sociétés régulières » (2), ce qui signifie qu'on doit lui appliquer, comme aux sociétés régulières, les règles sur la tenue des livres et l'obligation de produire ces derniers, sur la compétence (art. 90 et 96, C. proc. civ.), sur la faillite, sur le concordat, partant qu'on doit reconnaître à la seule volonté des parties, en dehors de toute formalité légale, le pouvoir de fonder l'autonomie du patrimoine collectif et de donner la vie à une nouvelle entité juridique (3).

En *Belgique*, les sociétés civiles, auxquelles s'appliquent les dispositions du Code civil français, ne requièrent aucune formalité de constitution. Elles se forment par un contrat consensuel, et « la formalité de l'écriture n'est pas nécessaire pour la substance du contrat (4) », elle est prescrite seulement pour faire la preuve de l'existence d'une société, dont la valeur de l'objet dépasse 150 francs (art. 1351, C. civ.). Les sociétés commerciales y

(1) Vivante, *op. cit.*, nos 328 et 330 ; Navarrini, no 675.

(2) Cf. Vivante, no 330 et les décisions de jurisprudence qu'il cite, p. 70.

(3) La personnalité des sociétés irrégulières, en Italie, a été affirmée par Vivante et Manara, et niée par Bonelli (*Riv. di dir comm.*, 1906, t. I, p. 9 et suiv., 112 et suiv.). — Sur cette controverse, cons. Hémard, *loc. cit.*, p. 720 et suiv.

(4) Treilhard, *Exposé des motifs au Corps législatif* ; Fenet, t. XIV, p. 395. — Cf. aussi Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés commerciales*, t. I, no 3.

sont actuellement régies par la loi du 18 mai 1873 modifiées par les lois du 22 mai 1886 et du 25 mai 1913. L'article 4 de la loi de 1873 déclare « que les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés coopératives sont, à peine de nullité, formées par des actes spéciaux publics ou sous signature privée... » Est-ce à dire que, sous l'empire de la loi nouvelle, ces sociétés ne prennent naissance qu'avec la rédaction d'un écrit et qu'on puisse parler d'une période de formation, qui précéderait leur constitution définitive ? La loi de 1873 a-t-elle voulu rompre avec l'interprétation de l'article 39 du Code de commerce, telle qu'elle est donnée par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, en France ? Il est assez difficile de le savoir. Sans doute l'affirmative pourrait se soutenir, en prenant à la lettre les paroles du rapporteur à la Commission de la Chambre, M. Pirmez : « La société commerciale est un contrat solennel, qui est nul *defectu formæ*, en l'absence de l'acte écrit qui est de son essence (1). » Mais, par ailleurs, il est admis que l'omission de cette formalité n'entraîne nullement l'inexistence du contrat : « entre les associés, dit l'article 4, al. 3, les nullités n'opèrent qu'à dater de la demande tendant à les faire prononcer » ; à leur égard, le contrat produit donc tous ses effets dans le passé. Quant aux tiers, s'ils ont le droit de considérer, à leur gré, la société comme nulle ou comme valable, il convient de remarquer qu'au cas où ils optent pour la dernière alternative, ils peuvent prouver par tous les moyens, contre les associés, l'existence de la société irrégulière (2), et, d'autre part, qu'ils doivent considérer

(1) Pirmez, *Comm. législ.*, t. II, n° 18.

(2) Nyssens et Corbiau, n° 470 ; Namur, t. II, n° 816 ; Guillery, *Des sociétés commerciales en Belgique*, t. I, n° 273.

l'acte comme valable en bloc et ne peuvent s'en tenir à certaines clauses de la convention pour en rejeter d'autres (1). *A fortiori*, ce que nous venons de dire de l'acte écrit s'applique-t-il à la publicité que la loi prescrit de lui donner (art. 6 de la loi de 1886). Le défaut, de publicité, s'il entraîne encore dans la loi nouvelle (2) l'inopposabilité aux tiers des actes non publiés de la société, n'empêche point cette dernière d'avoir existé entre les associés, et le partage de l'actif social d'être effectué conformément aux stipulations du pacte intervenu entre eux.

En *Suisse*, le Code fédéral des obligations de 1881, revisé en 1911 (3), distingue également les *sociétés de personnes* : société simple (ou société civile), société en nom collectif et société en commandite, auxquelles le caractère de personnes juridiques ne doit point être reconnu (4),

(1) Nyssens et Corbiau, n° 426 ; Namur, n° 815.

(2) La loi de 1873 (art. 11) établit en outre d'autres sanctions de l'absence de publicité : ce sont la non-recevabilité des actions exercées par la société, dont l'acte constitutif n'a pas été publié, et des pénalités consistant en amendes, qui frappent solidairement les associés ou le notaire suivant les cas.

(3) L'apparition du Code civil suisse avait rendu nécessaire cette revision du Code fédéral des obligations pour adapter l'une à l'autre les deux législations. Cependant la commission de rédaction, chargée d'élaborer la réforme, ne crut pas opportun de rattacher au Code civil suisse le droit des obligations et de le remanier entièrement, ce qui eût entraîné des difficultés de numérotage des articles ; elle se contenta de le réviser sur certains points. Il faut remarquer que le titre des sociétés qui nous intéresse n'a subi aucune altération. On a fait passer la matière des associations dans le Code civil (art. 60 à 79).

(4) Art. 52 et suiv. C. civ. — Néanmoins le Tribunal fédéral considère la société en nom ou la société en commandite dans ses rapports avec les tiers « comme un groupement particulier de droits et d'obligations, comme une unité de biens, distincte des biens par-

des *sociétés de capitaux* (société en commandite par actions, société anonyme et société coopérative) qui acquièrent au contraire le bénéfice de la personnalité par l'inscription au registre du commerce (art. 623 pour la société anonyme, art. 52, C. civ., pour la société coopérative). Tandis que la fondation de celles-ci est précédée d'une période préparatoire et exige l'accomplissement de certaines formalités, la constitution de celles-là est réalisée par le seul consentement des associés, indépendamment de toute forme. On a prétendu parfois que la société en nom collectif et en commandite n'avaient d'existence légale qu'après leur inscription au registre du commerce (1). Mais cette opinion se trouve en contradiction avec l'article 552; la loi n'a point entendu faire de cette formalité une condition de l'existence de la société; on en rencontre plutôt la preuve dans l'article 864, alinéa 2, qui se contente d'infliger une amende aux personnes tenues de veiller à ce que l'inscription soit prise, sans déclarer la société inexistante.

Enfin, le droit *anglais* n'a pas davantage méconnu la séparation traditionnelle, qu'il convient d'établir entre les deux groupes de sociétés, *sociétés de personnes* (Partnership) et sociétés de capitaux (Companies et Corporations). La Partnership unlimited, véritable société en nom collectif, dans laquelle tous les associés sont responsables indéfiniment des dettes sociales, et la Partnership limited, sorte de commandite par intérêts, où la

ticuliers des associés. » Rossel, *Droit civil suisse*, t. III, p. 600. Il faut leur appliquer le régime de la propriété en main commune. Comp. l'art. 544, al. 1 (revisé en 1911) du Code des obligations.

(1) La question ne peut se poser pour la société simple, qui n'est point astreinte à se faire inscrire.

responsabilité de certains associés se trouve limitée à leur apport, se forment l'une et l'autre par l'accord des parties contractantes. Pour la Partnership unlimited, la rédaction d'un écrit n'est même pas exigée à titre de preuve, et la qualité de partner peut s'induire de certaines circonstances laissées à l'appréciation du juge. Par contre, l'Act du 28 août 1907 (1), qui a organisé la Partnership limited, en prévoit l'enregistrement obligatoire. Cette formalité est-elle devenue un élément essentiel à la constitution de ce genre de sociétés ? Nullement, l'enregistrement n'est pas requis à peine de nullité, et son absence empêchera seulement le partner limited (ou commanditaire) de pouvoir valablement opposer la limitation de sa responsabilité aux tiers, qui le traiteront comme un general partner (2) (art. 5 de l'acte de 1907).

SECTION II. — La naissance des personnes morales est toujours précédée d'une période constitutive.

A. — Qu'il y ait une période de formation des *associations*, il n'est guère possible de le mettre en doute, même sous l'empire d'une législation aussi libérale que la législation française, qui, depuis 1901, permet aux individus d'unir librement leurs efforts dans un but idéal. Sans doute la loi nouvelle reconnaît la validité d'associations qui se forment sans déclaration, ni autorisation (art. 2 de la loi du 1er juillet 1901), avec le seul consentement des personnes adhérant aux statuts et qui, par suite, peu-

(1) *Annuaire de législ. étrangère*, lois de 1907, p. 25.

(2) Stevens, *Elém. de droit commercial*, trad. sur la 4e édit., par L. Escarti, p. 308 et suiv.

vent se constituer instantanément : mais, d'un autre côté, il ne faut point oublier qu'elle ne les considère pas comme des personnes juridiques, qu'elle leur refuse toute capacité (1), si bien qu'à l'association comportant un nombre de membres considérable, et fréquemment appelée à entrer en relations juridiques avec des tiers, la formalité de la déclaration s'imposera, pour jouir des droits énumérés à l'article 6, ou encore la reconnaissance d'utilité publique, pour obtenir une capacité plus étendue (art. 10 et 11). Et par là nous sommes autorisé à qualifier de constitutive (2), cette phase de la vie de l'association, durant laquelle les fondateurs procèdent au recrutement de ses membres et la font apparaître au dehors, en la déclarant à la Préfecture ou en sollicitant pour elle la reconnaissance d'utilité publique.

(1) La loi de 1901 n'a pas défini le régime sous lequel se trouvent placés les membres d'une association non déclarée, comment ils peuvent posséder en commun un certain patrimoine. Les avis sont partagés. Parmi les auteurs, les uns (Margat, *Revue trimest.*, 1905, p. 235 ; Planiol, t. I, 5e édit , p. 1009 ; Capitant, *Introduction* etc., p. 204 ; Grumbach, *Les associations et les cercles*, p. 25 ; Waldeck-Rousseau, dans une dépêche au préfet de la Manche, en date du 12 février 1902), tout en reconnaissant aux associés la faculté d'affecter au but social des biens même importants, leur appliquent les règles générales de l'indivision, d'autres plus hardis veulent introduire ici la notion allemande de Gesammte Hand (Josserand, *Livre du Centenaire*, p. 378 ; Hauriou, *Droit public*, p. 510 ; Ricol, thèse précitée p. 352) ; d'autres enfin proposent un système intermédiaire (Michoud, t. I, p. 428).

(2) Cette période se rencontre dans toutes les législations (et elles sont nombreuses), où les associations, pour acquérir la personnalité morale, doivent satisfaire à certaines conditions *de publicité* par une inscription sur un registre (Allemagne), le dépôt et l'enregistrement des statuts (Angleterre), ou à la condition d'une autorisation ou reconnaissance de la part de l'État (Italie, Hollande, Espagne, Portugal, Belgique).

B. — Il faut appeler aussi constitutive la période, qui précède l'élévation au rang d'établissement d'utilité publique des biens d'une *fondation* et pendant laquelle celle-ci, pourvue déjà d'une certaine individualité, peut fonctionner en fait. Il convient de préciser l'hypothèse. Une personne généreuse désire faire une fondation, par exemple créer un hospice au profit des pauvres d'une commune ; elle y consacre une certaine somme par donation et sollicite pour son œuvre la personnalité morale. Dans l'intervalle néanmoins, l'hospice a pu ouvrir ses portes, faire preuve de vitalité et d'utilité et justifier ainsi la haute faveur, qui lui est accordée par la reconnaissance. Ou bien, c'est par testament que le fondateur gratifie l'hospice, qui a fonctionné de son vivant, mais n'a point encore obtenu, à l'époque de son décès, la personnalité juridique. Dans l'un et l'autre cas, il s'écoule un certain laps de temps avant que soit consacrée, en droit, l'autonomie de l'établissement, qui cependant existe déjà en fait.

La pratique administrative (1) exige que soient ainsi démontrés, par l'expérience, les services que la fondation est susceptible de rendre dans l'avenir, avant de lui attribuer une vie indépendante. La loi du 12 juillet 1875, sur les établissements libres d'enseignement supérieur, décide qu'avant toute reconnaissance, les Facultés libres doivent

(1) « Cette haute faveur (la reconnaissance d'utilité publique), qui crée un être moral, augmente les biens de main-morte et donne en quelque sorte la sanction de l'Etat aux travaux de l'association, doit être envisagée comme la plus haute récompense de longs et importants services. » Reynaud et Lagrange, *Notes de jurisprudence du Conseil d'Etat*, p. 175, note du 4 février 1888 (Société des compositeurs de musique), avis du 6 juin 1893 (Société d'encouragement à l'art et à l'industrie de Paris). — Comp. : Marguerie, *Revue critique*, 1878, p. 525.

posséder des bibliothèques, salles de cours et de conférences, laboratoires, etc... et disposer d'un hôpital de 120 lits au moins (art. 6). Quelle sera donc la situation de ces Facultés, dont l'existence précaire et de pur fait peut se prolonger indéfiniment, sinon, celle d'une personne morale en voie de formation, à la période constitutive de laquelle l'Etat est libre d'apporter un terme quand il lui plaira ?

Mais la jurisprudence administrative (1), dans ces derniers temps, ne s'en est pas tenue là : faisant un pas de plus, elle a sans hésitation admis,à plusieurs reprises, la validité de la libéralité testamentaire adressée directement à un établissement, sans aucune organisation de fait au décès du testateur, qui n'avait pu par conséquent fonctionner de son vivant (2). Aussi bien le législateur lui avait-il en quelque sorte ouvert la voie par la loi du 5 avril 1884 ; aux termes de l'article 111-2° de cette loi, modifiée par la loi du 4 février 1901 : « lorsqu'une donation ou un legs est fait à un hameau ou à un quartier de commune qui n'est pas encore à l'état de section ayant la personnalité civile, les habitants du hameau ou quartier sont appelés à élire une commission syndicale conformément à l'article 129 ci-dessous. La commission syndicale délibère sur l'acceptation de la libéralité, et dans

(1) Ce n'est pas, à vrai dire, le Conseil d'Etat, qui rend le décret reconnaissant d'utilité publique la fondation et l'autorisant à recevoir la libéralité qui lui échoit. Il ne fait qu'en préparer le projet, mais par là il joue un rôle considérable.

(2) Comp. : Notes du 30 juillet 1884, du 18 juin 1889, du 2 décembre 1896 ; Projet de décret et note du 2 juin 1897, *Notes de jurisprudence*, p. 303 ; Tissier, *Dons et legs*, dans le *Répertoire de droit administ.*, de Béquet, p. 94. — Cf. aussi : Note du 10 novembre 1897 (legs Johannat), *Notes de jurisp.*, p. 300.

aucun cas l'autorisation d'accepter ne peut être accordée que par décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. » C'est la consécration formelle par la loi d'un cas de fondation directe réalisée avec le concours de la puissance publique, fondation que jusqu'ici les tribunaux civils s'obstinent à repousser (1).

A première vue, cette jurisprudence nouvelle du Conseil d'Etat semble de nature à contredire notre affirmation de l'existence, dans toutes les hypothèses, d'une période constitutive de la fondation, antérieure à sa reconnaissance d'utilité publique. Il n'en est rien cependant ; ici encore on la retrouve, cette période, réduite peut-être, moins apparente surtout, mais aussi réelle, si l'on prend garde que le décret de reconnaissance et d'autorisation ne peut matériellement intervenir le jour même du décès du testateur, et qu'il doit s'écouler un temps plus ou moins long entre la date de l'ouverture de la succession et la date de la reconnaissance administrative (2).

(1) Comp. les deux arrêts fondamentaux de la Cour de cassation : 12 avril 1864, S.64.1.153 et 14 août 1866, S. 67.1.61. — *Adde* : Caen, 12 novembre 1869, S. 70.2.145, et la note Labbé ; Cass., 21 juin 1870, S. 70.1.367 : « Attendu, dit la Cour suprême, qu'il est de droit public en France qu'aucune communauté, association ou corps moral ne peut exister qu'en vertu d'un acte de l'autorité publique ; qu'une société non légalement reconnue, n'ayant pas, lors du décès du testateur, une existence légale, une personnalité juridique, est sans qualité pour recevoir le bénéfice d'un legs fait à son profit... etc. » — En sens contraire : Troplong, *Donations*, t. II, n° 612 ; Marguerie, *loc. cit.*, p. 513 ; Jacquier, *Des congrégations religieuses*, p. 251.

(2) D'ailleurs le Conseil d'Etat, actuellement encore, dans le but d'apprécier l'utilité de l'œuvre créée, attend, pour la reconnaître à titre d'établissement d'utilité publique, qu'elle soit organisée et fonctionne par les soins des exécuteurs testamentaires. Ce qu'il n'exige plus seulement, c'est qu'elle ait fonctionné du vivant du fondateur, avant de bénéficer de la libéralité. — Comp. l'exemple si connu de l'Acadé-

C. — Enfin, l'importante matière des *sociétés par actions*, troisième et dernière catégorie de personnes morales de droit privé, donne lieu à une remarque semblable.

Ici également, on a prétendu que sur les deux procédés de formation des sociétés par actions, l'un du moins, supprime totalement la période constitutive de la société (1). Il s'agit de l'hypothèse, de plus en plus fréquente aujourd'hui, où la société se forme entre les seuls fondateurs : sept membres souscrivent toutes les actions et se les répartissent, versent le quart sur chacune d'elles, dressent en la forme notariée l'acte de société, qui renferme en même temps l'affirmation que les formalités antérieures ont été remplies, et parfois aussi la désignation des membres du conseil d'administration ; qu'une assemblée constitutive se tienne immédiatement après, à l'effet de vérifier les apports en nature, s'il est nécessaire (2), et d'élire les ad-

mie Goncourt. Sur le véritable rôle que devrait jouer le Conseil d'Etat, cf. un passage suggestif d'une note de M. Saleilles sur les fondations (*Bulletin de la Soc. d'études législ.*, 1909, p. 167 et 168).

En Angleterre, il est impossible de parler d'une période constitutive de la fondation, qui d'ailleurs fonctionne sans secours de la personnalité morale. — Escarra, *Les fondations en Angleterre*, thèse, Paris, 1907 ; Tronquoy, *De la notion juridique internationale de la Fondation*, thèse, Paris, 1908, p. 104.

(1) Cf. Goiffon, Thèse précitée, p. 14. — M. Thaller semble bien, lui aussi, n'admettre l'existence de cette période qu'au cas de constitution par appel au public (*Droit commerc.*, p. 290).

(2) Au cas, en effet, où il n'existe pas de souscripteurs en dehors des apporteurs eux-mêmes, la jurisprudence décide qu'il n'y pas lieu à l'approbation des apports en assemblée générale, par application de la loi de 1867 (art. 30), qui ne permet pas aux apporteurs en nature de prendre part au vote sur ce chapitre. Thaller, n° 568 ; Vavasseur, n° 416 ; Cass., 26 avril 1880, D. 80.1.128 ; Cass. req., 9 novembre 1887, D.88.1.102. — En sens contraire : Trib. com. Seine, 15 octobre 1879, *J. des soc.*, 1880, p. 398, et Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 718 ; Boistel, n° 256.

ministrateurs et commissaires, s'ils n'ont pas déjà été mentionnés dans les statuts, et la société sera constituée presque en un seul trait de temps.

Ce procédé de constitution entre fondateurs (Simultangründung, ou costituzione per sottoscrizione simultanea) tend aujourd'hui à se substituer à l'ancien procédé de constitution par appel au public (Successivgründung, ou costituzione per publica sottoscrizione), non sans engendrer de graves abus (1) et de sérieux dangers pour l'épargne publique. Il est utilisé chaque jour par ces nombreux syndicats d'émission, que forment certains banquiers dans le but de se partager entre eux les actions nouvellement émises d'une société, sauf plus tard à les revendre en Bourse, souvent à un prix élevé, lorsque la société sera définitivement constituée et assurée d'après eux d'un brillant avenir, aux petits capitalistes, victimes de leur spéculation malhonnête (2). Au reste, quelle que soit son importance, de notre point de vue, il importe de considérer que ce mode de formation de la société par actions n'élimine en aucune façon la phase préparatoire à sa naissance : « Mode de recrutement du capital bien plus expéditif que l'ancien, dit M. Thaller, il ne dispense pas, il est vrai, dans un régime légal qui subordonne la forma-

(1) Il entraîne la suppression de la vérification de la valeur des apports en nature (cf. la note précédente). On a proposé de remédier à cet inconvénient par une enquête à laquelle procéderaient des experts nommés par le tribunal ; Thaller, n° 538. — Comp. en Allemagne l'institution des *reviseurs*.

(2) Sur ces syndicats d'émission, cf. Chasseriau, *Des syndicats d'émission de valeurs et de leur responsabilité*, thèse, Paris, 1898 ; Pic, note au D. 1896.2.481, sous Paris, 12 décembre 1893 ; Thaller, Les syndicats financiers d'émission. *Annales de droit commercial*, 1911, et les auteurs qu'il cite, particulièrement en Italie le livre de M. Angeloni, *Sindicati finanziari*.

tion du capital-actions à des prescriptions pointilleuses, d'observer ces conditions ; mais il a l'avantage de ramasser ces conditions dans un temps plus réduit. Au lieu d'avoir plusieurs mois à attendre la venue des souscripteurs pour employer leurs fonds, on considère comme souscripteurs, et cela de manière fort licite, les fondateurs et leurs acolytes de finance qui ont pris le capital à leur compte. » En un mot, la durée de la période constitutive de la société peut là encore se trouver considérablement réduite ; par contre, elle n'est pas supprimée, qu'on veuille bien le reconnaître (1).

Mais il ne suffit pas d'avoir démontré l'existence, dans toutes les hypothèses, d'une période de formation des personnes morales, il faut aussi en préciser les limites, marquer les dates extrêmes entre lesquelles elle se place. C'est à quoi nous devons désormais nous efforcer.

(1) En sens contraire : Navarrini, *loc. cit.*, t. II, nº 718 ; et néanmoins cet auteur est obligé de reconnaître que, dans cette hypothèse, la société reste soumise à certaines formalités de constitution : versement d'une certaine somme sur chaque action, nomination des administrateurs, etc., ce qui pour nous revient à dire que sa naissance sera précédée d'une phase préparatoire.

CHAPITRE II

DÉLIMITATION DE LA PÉRIODE CONSTITUTIVE.

SECTION I. — **Durée de la période constitutive.**

Nous nous proposons, dans ce chapitre, de rechercher les deux faits qui fixent, l'un la date d'ouverture, l'autre, la date de clôture de la période constitutive ; mais le laps de temps qui s'écoule entre ces deux faits, c'est-à-dire la durée même de la genèse de la personne morale, il est impossible de la déterminer. Très rapide dans certains cas au point qu'on a pu la considérer comme inexistante, dans d'autres, au contraire, cette période risque de se prolonger indéfiniment. Le législateur français n'a pas cru devoir déterminer l'importance de sa durée et le silence de la loi sur ce point ne laisse pas d'être parfois très regrettable.

I. — Dans le domaine des sociétés par actions tout d'abord, il n'y a point en France de délai légalement imparti aux fondateurs pour la constitution de la société, passé lequel les souscripteurs seraient déliés de leur obligation de maintenir leur souscription. A l'heure actuelle, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier s'il y a lieu de déclarer résolu le contrat de souscription pour cause d'inexécution des obligations par l'une des parties contractantes (1), et nous ne croyons guère possible de

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 694 ; Houpin, t. I, n° 453 ; *Rép. Pand. franç.*, V° *Sociétés*, n° 7890.

leur refuser ce pouvoir souverain d'appréciation, car ce retard apporté à la constitution a parfois sa cause en dehors de la volonté des fondateurs. Il faut laisser à ceux-ci le temps nécessaire pour réunir le capital-argent, et la faculté d'attendre le moment opportun pour obtenir à meilleur compte les apports en nature. Les tribunaux n'auront souvent d'ailleurs qu'à faire application de la clause des statuts indiquant le délai dans lequel le capital social devra être couvert. Et peut-être le législateur français pourrait-il se contenter de rendre obligatoire l'insertion dans le bulletin de souscription d'une pareille indication, qui permettrait aux souscripteurs de connaître à l'avance la durée de leur engagement (1). C'est ce qu'a fait le Code de commerce allemand (art. 209, al. 4). Le

(1) Comp. l'article 1 du projet de loi relatif aux sociétés par actions déposé par la commission parlementaire (rédaction nouvelle du 28 février 1907). « Ce bulletin (de souscription) doit contenir les énonciations suivantes : 12°) *le délai à l'expiration duquel*, en cas de non-constitution de la société, les fonds versés par le souscripteur pourront être retirés de l'établissement, où ils auront été déposés ainsi qu'il est dit ci-après. » V. Colin, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911, p. 174. L'utilité d'une semblable disposition est pourtant discutable. Supposons en effet que la société ne soit pas constituée à l'expiration du délai assigné aux fondateurs : il est bien certain que si le retard est dû à la négligence de ceux-ci, les souscripteurs seront dégagés, et à bon droit, de leurs obligations vis-à-vis d'eux. Mais le retard peut avoir aussi une autre cause, indépendante de la volonté des fondateurs, qui n'ont rien à se reprocher, et les souscripteurs, néanmoins, trouver encore leur profit à créer la société ; admettra-t-on cependant que quelques-uns d'entre eux, par pure chicane, se prétendant libérés en vertu de la disposition légale, pourront entraver la formation de la société ? C'est à quoi l'on aboutit, si l'on donne à cette disposition une portée générale ; sinon, si on veut en limiter l'application au cas spécial de faute ou de négligence de la part des fondateurs, alors il faut de nouveau avoir recours aux tribunaux pour apprécier la faute ou la négligence,

Le Code de commerce italien, dans son article 99, al. 4, garantit aux souscripteurs le droit d'être déliés de leur obligation, si le dépôt au tribunal de l'acte de fondation est différé outre mesure ; des articles 131 et 132, il ressort que si tout le capital social n'est pas réuni dans le délai indiqué par le prospectus, les souscripteurs sont libérés ; l'article 134 décide que l'assemblée générale constitutive doit être convoquée dans les quinze jours qui suivent la souscription intégrale. Le Code de commerce hongrois (art. 150 et 154) déclare que si le capital social n'est pas couvert par les souscriptions au terme indiqué dans le prospectus, et si les fondateurs ne réunissent pas en assemblée générale les souscripteurs dans les deux mois à dater de l'expiration du délai imparti pour souscrire, ceux-ci peuvent réclamer les sommes déjà versées (1).

et la limitation de la durée de la période constitutive n'empêchera pas l'intervention des juges.

(1) Lehmann, *Recht der Aktieng.*, Bd. I., p. 337. — Depuis l'Act de 1900, les sociétés par actions *anglaises* ou Companies qui se forment par voie de souscription publique, ne peuvent fonctionner que lorsqu'a été recueillie une certaine portion du capital social fixé par les statuts, et qu'un minimum de 5 0/0 a été versé par chaque actions (art. 85, § 7, du C.C.A.). Mais l'article 85, § 4, de l'Act de 1908 décide que si les versements n'ont pas été effectués dans les 40 jours à dater de la première publication du prospectus, les souscripteurs, qui se sont déjà acquittés entre les mains des administrateurs, sont en droit de réclamer à ceux-ci le remboursement des sommes payées, et même avec intérêt à 5 0/0, à partir du 48e jour. En outre, l'article 12, alinéa 1 de l'Act de 1900 décide que l'assemblée statutaire doit être tenue, dans le délai d'un mois au moins, et de trois mois au plus après la délivrance du second certificat d'incorporation, sinon tout actionnaire a le droit de demander à la Cour la liquidation de la société (art. 65 du C.C.A.). Palmer, *Company Law*, 8e édit., p. 157 et suiv.; Silbernagel, *Die Gründung der Aktiengesellschaft*, Berlin, 1907, p. 311 et suiv. — Comp. article 31 de la loi belge de 1886, modifiée par la

Mais même sous l'empire de ces législations, chaque fois que, malgré l'obligation qui leur incombe, les fondateurs n'auront pas fait mention d'un délai raisonnable dans le prospectus, le souscripteur devra encore s'adresser aux tribunaux en leur demandant, soit par voie d'action, soit par voie d'exception, de le relever de son engagement pour cause de retard injustifié, apporté au commencement de la société (1).

II. — Plus opportune, à notre avis, serait une réglementation légale de la durée de la période constitutive des associations et des fondations. On peut espérer qu'elle mettrait fin à une controverse, depuis longtemps ouverte sur l'aptitude de ces personnes morales à recevoir des dons ou des legs, comme aussi sur la validité des actes passés, en leur nom, avant leur constitution définitive.

Récemment, la question se posait à nouveau devant la Cour de Paris, dans les circonstances suivantes. Une libéralité testamentaire avait été adressée, par personne interposée, à une association pacifiste anglaise qui n'avait pas encore, lors du décès du disposant, la capacité d'être légataire en Angleterre. Postérieurement, l'association avait obtenu cette capacité. Allait-on l'admettre à recueillir le legs qui lui était destiné ? La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 février 1909 (2), ne l'a pas

loi du 25 mai 1913 : « elles (les souscriptions) contiennent convocation des souscripteurs à une assemblée qui sera tenue dans les trois mois pour la constitution définitive de la société. »

(1) Renaud, *Recht der Aktieng.*, p. 299.

(2) *Gaz. trib.*, des 18 et 19 mars 1909 ; *Revue trimest.*, 1909, p. 424.

pensé : pour repousser les prétentions de l'association, elle invoque les droits acquis aux héritiers du sang en vertu de la saisine héréditaire, « droits qui, dit-elle, ne peuvent être atteints par des faits postérieurs, apportant à leur adversaire (l'association) des droits nouveaux, qui n'auraient pas dès lors existé ». Puis elle continue en des termes non équivoques : « Considérant qu'on ne saurait, sans forcer les analogies et sans abus de langage, assimiler une association non encore autorisée à un enfant simplement conçu, puisqu'il est certain que celui-ci est destiné à naître par le développement forcé d'un fait naturel. » Un pourvoi ayant été formé contre l'arrêt de la Cour de Paris, la Chambre civile de la Cour de cassation le rejeta, faisant sienne la théorie de la décision attaquée (1).

La Cour suprême consacre une fois de plus (2), et de façon très nette, le principe de la non-rétroactivité de la déclaration, principe d'ordre public, qui tient en échec d'après elle, toute disposition contraire des lois étrangères. Et cependant la rétroactivité de cette déclaration aurait pu en l'espèce ne point paraître aussi choquante, puisque le privilège conféré ne s'appliquait pas à un être complètement dans le néant, mais à une association déjà existante en fait, quoique non pourvue de la personnalité juridique, comparable dès lors à l'enfant conçu, réputé déjà né toutes les fois que son intérêt

(1) Cass., 7 février 1912, *Gaz. trib.*, 24 février 1912 ; *Revue trimest.*, 1912, p. 217.

(2) Cf. la jurisprudence citée en matière de fondations ; Demolombe, *Donations*, t. I, n° 586 ; Aubry et Rau, t. VII, p. 24, n° 649 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations*, n° 317 ; Labbé, note sous Caen, 12 novembre 1869, S. 70.2.145 ; Eyquem, *Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1er juillet* 1901, thèse Bordeaux, 1903, p. 248.

le réclame. Mais la Cour suprême ne s'arrête pas à cette comparaison. Il n'y a point, dit-elle, d'assimilation possible, parce que la naissance de l'association, à la différence de celle de l'enfant conçu, qui s'opère par la seule action des forces de la nature, est subordonnée à la réalisation d'un événement incertain : l'autorisation ou la reconnaissance d'utilité publique, dépendant du pouvoir arbitraire de l'Administration. Et, ajoute M Hémard, l'annotateur de l'arrêt de la Cour de Paris : « Peut-on tenir ainsi en suspens pour un temps indéterminé les droits des héritiers légitimes » (1) ?

L'objection n'est assurément pas nouvelle : elle a été soulevée à propos des dons et des legs, adressés à des fondations ou à des établissements non encore légalement reconnus. M. Marguerie (2) a jadis tenté de la réfuter en observant qu'en pareille circonstance les auteurs de la libéralité (dans l'hypothèse de donation), les héritiers de ces auteurs (dans l'hypothèse de legs), ou même l'établissement, gratifié (dans les deux hypothèses) mettent en demeure le gouvernement de se prononcer dans le plus bref délai, de telle manière que celui-ci ne puisse faire attendre trop longtemps sa réponse, tant sur la reconnaissance de l'établissement que sur l'autorisation d'accepter la libéralité.

En France, le Conseil d'Etat, sous l'empire de la loi de 1901 n'hésitera guère à statuer vite et dans un sens favorable sur ces deux chefs, lorsqu'il se trouvera en présence

(1) *Rev. trim.*, 1909, p. 425, Voyez l'objection faite par M. Gautier, Legs à un établissement non reconnu au décès du testateur, *Revue crit.*, 1877, p. 145 : « l'héritier sera-t-il, pendant 30 ans, sous le coup de l'action en délivrance, qui suivra nécessairement l'autorisation du Conseil d'Etat. »

(2) Marguerie, *Rev. critique*, 1878, p. 527 et 528.

d'une association déclarée déjà existante, non seulement en fait, mais aussi en droit. Quels scrupules pourrait-il lui rester ? « Il ne s'agira plus en effet, observe M. Michoud (1), de valider rétroactivement une libéralité adressée à une personne inexistante, mais, chose qui paraît plus facilement admissible, une libéralité adressée à une personne existante, mais incapable.» En sorte que, depuis 1901, le problème, croyons-nous, se posera surtout, et de manière intéressante, pour les fondations non reconnues et les associations non déclarées (2), dépourvues de toute personnalité, petite ou grande, lors de la donation ou de l'ouverture de la succession, dont on peut dire vraiment qu'elles n'ont pas dépassé la phase constitutive. Et quelle durée assigner à leur période de conception non seulement pour sauvegarder les droits des héritiers, dépouillés à leur profit au cas où elles sont appelées à recueillir des libéralités, mais aussi en général pour admettre ou rejeter l'existence des droits qu'elles n'ont acquis ou des obligations qu'elles n'ont assumées que sous la condition de leur constitution définitive, sans que néanmoins ait été fixé un délai quelconque pour la réalisation de celle-ci ?

C'est pour trancher ces difficultés, que, le 23 novembre 1897, un projet de loi avait été déposé concernant la représentation des pauvres et l'administration des établissements d'assistance, dont l'article 18 décidait « que les institutions d'assistance, qui n'ont pas d'existence légale pourraient recevoir des legs, si elles étaient constituées comme établissements publics dans le délai d'une année

(1) Michoud, t. I, p. 417.

(2) De même pour les congrégations religieuses qui, d'après la loi nouvelle, ne jouissent du bénéfice de la personnalité morale qu'après avoir été autorisées par l'Etat.

à partir du décès du testateur ». Il serait à souhaiter aujourd'hui que, s'inspirant du projet de 1897, le législateur en étendît la portée et limitât la durée de la période de formation des associations et des fondations.

SECTION II. — De la date d'ouverture de la période constitutive.

Très facile à déterminer en matière de fondation, cette date dans d'autres circonstances semble moins apparente, et la fixation donne lieu à discussion ; ainsi en est-il lorsqu'il s'agit d'associations et de sociétés par actions. Allant du certain à l'incertain, nous nous occuperons d'abord de la première hypothèse.

A. — La date d'ouverture de la période constitutive d'une *fondation* sera la date même de l'acte, par lequel le fondateur manifestera son intention de créer une œuvre qui lui survive.

Il faut remarquer combien est vague, dans notre droit, cette définition, condamnée à rester telle, tant qu'on n'aura pas reconnu par une loi la validité de la fondation directe. Aujourd'hui, en effet, *fonder n'est pas en droit français un acte juridique spécial* (1). Celui qui veut rendre service à l'humanité, en soulageant ses misères par la création de quelque œuvre charitable, a le choix entre divers procédés.

S'il désire réaliser son dessein généreux, sa vie durant, il le fera par un acte de donation, contenant affectation d'une certaine somme à l'œuvre projetée,

(1) Coquet, *Les fondations privées d'après la jurisprudence française*, thèse, Paris, 1908, p. 84.

pour laquelle il sollicitera de l'Administration la reconnaissance d'utilité publique (1). Mais il peut aussi, tout en créant une institution de bienfaisance quelconque : hospice, hôpital, école, dispensaire, musée, etc..., ne point se dépouiller sur le champ, par un acte irrévocable, à son profit, de ressources considérables, et se contenter de la faire vivre à l'aide de subsides alloués comme il lui plaît, soit indéfiniment (2) soit jusqu'à ce que l'institution ait acquis par un décret la personnalité morale et la capacité de recevoir des libéralités. L'acte de donation ne coïncide plus ici avec l'acte de fondation, et cependant on ne saurait nier que l'institution ait vécu, avant, sa reconnaissance, à l'état embryonnaire, à titre d'organisme juridique en voie de formation (3). Depuis quand ? Depuis, répondrons-nous, le premier acte par lequel le fondateur a manifesté sa volonté de faire œuvre de bienfaisance, tel sera l'achat d'un terrain pour y installer l'hôpital ou l'école.

Au surplus, ni l'une ni l'autre des hypothèses précédentes ne se présentent fréquemment dans la pratique. En fait, l'auteur de la fondation la crée, l'organise et la dote le plus souvent par un seul et même acte, son testament, pour ne pas se priver pendant sa vie de la jouissance des

(1) Cf. la fondation, réalisée en 1904 par MM. de Rothschild et dotée par eux de 10 millions destinés à la construction de maisons ouvrières. Le Conseil d'Etat admit la validité de ce procédé et statua, par le même décret, sur la reconnaissance et l'autorisation d'accepter la libéralité. — Comp. les statuts de la fondation et le décret de reconnaissance au *J. off*, 29 juillet 1904, p. 4734.

(2) Cf. des exemples fort anciens de ce procédé au Moyen Age, dans de Lapradelle, *Des fondations*, Paris, 1884, p. 31.

(3) En ce sens : Tissier, *Dons et legs*, n° 121 ; Marguerie, *loc. cit.*, p. 513 ; Baudry et Colin, t. I, n° 335.

biens affectés au but charitable, et n'appauvrir que ses héritiers, auquel cas la date du décès du testateur et de l'ouverture de la succession devient aussi la date d'ouverture de la période constitutive du nouvel être juridique.

A la différence du droit français (1), les Codes *allemand* (2) et *suisse* (3) ont réservé à l'acte initial de fondation émané du fondateur une place importante. Est-ce parce que ces deux droits, récemment codifiés, ont implicitement consacré la thèse de la réalité de la personne juridique? Pour être sincère, il faut avouer qu'on chercherait en vain dans l'un et dans l'autre la solution du problème de la personnalité morale (4). C'est affaire de discussions doctrinales dans lesquelles, la loi n'a pas à intervenir. Cependant, dans le domaine des fondations, les législations suisse et allemande semblent bien avoir reconnu à la seule volonté autonome du fondateur, le pouvoir de faire apparaître sur la scène juridique un nouveau sujet de droits. Sans doute l'Etat est appelé à jouer

(1) Au droit français, se rattachent les droits *espagnol* (loi du 27 avril 1875) et *italien*, qui reconnaissent à l'Etat, le pouvoir souverain d'accorder ou de refuser la reconnaissance légale aux fondations.

(2) Art. 80 à 89 du B. G. B.

(3) Art. 80 à 90 du Code civil suisse.

(4) Comp. la démonstration qu'en a faite pour le Code civil suisse, M. Bovay, *loc. cit.*, p. 96 à 128. « Le Code civil suisse, dit-il, ne donne aucune indication nette d'une notion doctrinale à laquelle il faudrait se reporter dans l'application. » Néanmoins dans l'exposé des motifs de 1901, le professeur Huber, l'auteur du Code, le rattache à la théorie organique de Gierke. Quant à Wiedemann (*Beiträge zur Lehre von der idealen vereine*, etc., Zürich, 1908, p. 449), il est convaincu que le B. G. B. a fait siennes les idées de Gierke et que l'inscription (Eintragung) des personnes morales, n'est « qu'une simple condition pour l'entrée en scène du nouveau sujet de droit, et non sa *causa efficiens* ».

un certain rôle encore dans cette apparition, mais rôle de police et de surveillance, et non plus rôle de créateur souverain et unique. La fondation (Stiftung) est le résultat d'une *déclaration unilatérale de volonté*, et non pas d'un contrat ; elle est l'œuvre de l'individu, et non pas celle de la puissance publique. Sous l'empire de telles lois, il y a lieu de réglementer l'acte qui renferme l'intention charitable du fondateur. Si ce dernier veut réaliser de son vivant la fondation, ce sera un acte écrit, sous seing privé en droit allemand (art. 81, al. 1, B. G. B.), toujours authentique en droit suisse (art. 81, C. civ. suisse) ; s'il en reporte la création à son décès, ce sera un testament (art. 83 et 84 du B. G. B.).

Mais ce qu'il convient surtout de remarquer, c'est que l'acte de fondation est ici un *acte sui generis*, qui ne se résoud point en une donation ou en un testament ordinaire comme dans notre droit. L'acte de fondation, dans le droit allemand particulièrement, doit être décomposé trois éléments : il comprend un acte de *création* proprement dit, par lequel le fondateur manifeste sa volonté de créer un nouvel être juridique, en même temps qu'il l'organise, un acte d'*affectation patrimoniale*, par lequel il affecte une certaine portion de son patrimoine à la réalisation du but qu'il se propose, un acte de *disposition* enfin, par lequel il s'engage à faire acquérir à la personne morale la somme promise (1). A supposer que l'on reconnaisse à l'acte d'affectation le caractère d'une donation à l'œuvre future (2), il faut observer cependant que l'acte

(1) Saleilles, Les personnes morales dans le Code civil allemand, *Revue du droit public*, t. XVI, p. 225 et 226.

(2) Ce qui a été contesté par Schlossmann, Zur Lehre von den Stiftungen, *Jahrb. für Dogmatik*, t. 27, p. 29.

de création ne s'absorbe pas en elle, au point qu'on a pu se demander s'il ne suffisait pas de faire figurer dans l'acte de fondation la création de l'organe, sans parler de la constitution d'un patrimoine qui lui soit affecté, et si cette constitution ne devait pas être considérée comme « un acte indépendant, qui consisterait, après création de la fondation, à lui attribuer le patrimoine qui doive lui appartenir, sans accepter cependant que cet acte vaille déjà aliénation et transfert de biens au profit de la fondation, puisque cette transmission ne peut se faire qu'une fois la personnalité reconnue » (1). Peu importe d'ailleurs que l'acte d'affectation soit concomitant à l'acte de création ou qu'il en soit indépendant, celui-ci n'en doit pas moins logiquement précéder celui-là, et c'est vraiment lui qui marque l'ouverture de la période constitutive.

B. — Si des fondations, on passe aux associations et aux sociétés par actions, on voit de suite combien plus délicate apparaît ici la fixation de la date d'ouverture de notre période.

I. — L'*association* comme la société par actions, peut se former de deux façons différentes. Ou bien tous les associés futurs adhèrent ensemble aux statuts, à la discussion et élaboration desquels chacun prend une part active, ou bien quelques-uns seulement parmi eux arrêtent les termes de la charte associationnelle et proposent ensuite au public d'y adhérer. Dans la première hypothèse, à l'instant où se trouve réalisé l'accord de volonté entre tous les associés, s'ouvre la phase

(1) Saleilles, *loc. cit.*, p. 219 et 220. *Adde* : Hölder, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbüch*, Bd. I, p. 189 ; *Natürliche und juristische Personen*, Liepzig, 1905, p. 252 et suiv. ; Planck, *Bürg. Gesetzbuch*, Bd. I, p. 117 et 118.

préparatoire à la naissance de la personne morale, et l'acte d'association nous renseigne sur cet instant. Dans la seconde il ne faut pas hésiter, croyons-nous, à faire remonter plus loin encore dans le passé l'ouverture de cette phase et la rattacher à la date de la rencontre des volontés des deux premiers associés fondateurs, car à ce moment, observe très exactement M. Thaller, « on est autorisé à dire : le noyau d'association est créé » (1), il suffit d'une entente survenue entre deux personnes physiques ou morales (2) pour qu'on puisse parler de la corporation future en voie de formation. On va même jusqu'à se demander si la présence de deux individus est absolument nécessaire (3) et si l'association, au début de sa phase constitutive, ne pourrait se concevoir avec un seul membre. Il faudrait alors supposer que cet associé versât le montant de plusieurs cotisations ou parts d'associés, pour les répartir entre les membres qu'il recruterait ultérieurement. En tout cas, il n'y point de doute que lors de sa constitution définitive, l'association doit réunir au moins deux personnes (4).

(1) Thaller, *Dr. comm.*, p. 282. — Comp. Michoud, *loc. cit.*, t. I, p. 419. Cela est si vrai que la plupart des statuts d'associations se contentent de mentionner les noms des deux premiers associés fondateurs et débutent ainsi : « Il est formé entre MM. X... et Y... et toutes les personnes qui adhéreront aux présents statuts, une association... »

(2) L'association peut comprendre en effet parmi ses membres d'autres associations (Union de syndicats ou d'associations).

(3) Kohler, *Lehrbuch des bürg. Rechts*, § 145, p. 346 et 347.

(4) Wiedemann (*loc. cit.*, p. 354) pense que 3 membres au moins sont nécessaires pour qu'une majorité puisse se former au sein de l'association et prendre des décisions, ce qui est la caractéristique de la personnalité morale. Selon la loi allemande (§ 56 et 59), l'association doit comprendre 7 membres lors de son inscription et 3 au minimum

II. — De l'association il convient de rapprocher la *société par actions*, dont la formation ressemble, par bien des côtés, à celle des associations (nécessité de rédiger des statuts, de tenir une assemblée générale constitutive, de rendre publique la nouvelle entité collective, etc., etc.), à tel point que dans plusieurs législations récentes, les mêmes formalités de constitution sont imposées à l'une et à l'autre (1). Ici encore, la nécessité d'une entente entre fondateurs de la future société (au cas de constitution successive), entre tous les associés (au cas de constitution simultanée) présente une importance particulière ; c'est elle qui établit les bases sur lesquelles la société est destinée à reposer ; d'un accord formel entre deux personnes, tout le groupement futur est issu, et les membres qui viendront par la suite s'y incorporer ne feront que ratifier le fait accompli, adhérer par la souscription d'actions aux clauses principales de la *lex societatis*.

Mais quand pourra-t-on dire qu'existe cette charte, dont la discipline s'étend, non seulement au fonctionnement

dant le cours de son existence (§ 73). Il n'y a guère que dans les sociétés par actions que ce nombre puisse être réduit à un et encore la question est-elle discutée (Wiedemann, *loc. cit.*, p. 340).

(1) En Angleterre, il n'y a point de division rationnelle entre les associations et les sociétés, et les mêmes règles, dans la plupart des cas, s'appliquent aux unes et aux autres (ainsi les Companies Acts), sauf en ce qui concerne les associations prévues par des statuts spéciaux (Act de 1874 pour les *Building Societies*, et Act de 1893 pour les *Industrial and Provident Societies*). — Barrault, *Le droit d'association en Angleterre*, thèse, Paris, 1908, p. 188 ; Hayem, *Domaine respectif de l'association et de la société*, thèse, Paris, 1907, n° 297. — Cependant l'article 20, alinéa 1, de l'Act de 1908 décide que le *Board of Trade* peut autoriser la Compagnie à but non lucratif, qui a pour objet d'encourager le commerce, les arts, la science, etc., à être enregistrée sous la forme limitée, mais sans l'addition « *Limited* » à la raison sociale.

de la société une fois constituée, mais aussi à la période de formation qui en est déjà la mise en œuvre, et par suite, quand pourra-t-on dire qu'est ouverte cette période ?

La loi du 24 juillet 1867 impose aux fondateurs l'obligation de déclarer par devant notaire la souscription intégrale du capital social et les versements sur chaque action ; et à l'acte notarié qui constate cette déclaration doit être annexé l'un des originaux des statuts, s'ils sont sous seing privé, ou une expédition, s'ils ont été rédigés en la forme authentique (art. 1er et 24 de la loi de 1867). Encore que jusqu'à cette déclaration, les statuts n'aient peut-être été ni constatés par écrit, ni même définitivement arrêtés, et que les fondateurs aient attendu la déclaration des souscriptions et des versements pour les dresser en présence du notaire (1), il ne paraît pas possible de reculer jusqu'à cet instant la date d'ouverture de la période constitutive de la société par actions. Ce serait méconnaître toute une partie de la procédure qui se déroule antérieurement, au cours de laquelle des souscriptions ont été recueillies, des apports réalisés, de telle sorte qu'avant cette déclaration on est en droit d'affirmer : une situation juridique nouvelle s'est établie entre les parties intéressées.

En bonne logique, il faut avouer que la confection des statuts est certainement la première des formalités à remplir en vue de la formation de la société (2), et l'on ne

(1) Houpin, *loc. cit.*, t. I, n° 433 ; Thaller, *loc. cit.*, p. 294.

(2) Ce n'est guère qu'au cas de constitution de la société sans appel au public que les statuts sont dressés après que le capital social a été souscrit et les versements effectués. L'acte notarié peut contenir les déclarations et énonciations prescrites par les articles 1er et 24 de

peut que regretter le silence du législateur qui n'a point fait, par une disposition formelle, de la rédaction de l'acte social et du dépôt chez un notaire le point de départ de la phase constitutive (1). En France, à l'heure actuelle, il n'est souvent dressé au début qu'un projet de statuts, sur le vu duquel les souscripteurs donneront leur adhésion (2). Mais ce projet suppose un accord de volontés obtenu déjà sur les points essentiels entre plusieurs personnes, et déjà nées entre elles des relations juridiques qui sont les prodromes de la future société.

Suffira-t-il néanmoins, dans toutes les circonstances de l'existence d'un accord semblable pour qu'on puisse dire du groupement qu'il est en voie de réalisation ? C'est qu'en effet nous avons raisonné jusqu'ici sur l'hypothèse la plus

de la loi de 1867. Houpin, n° 470 ; Vavasseur, n° 401 ; Lyon-Caen et Renault, n° 724 ; Arthuys, n° 52.

(1) Comp. Colin, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne publique*, etc., p. 81-82.

(2) Houpin, n° 433. L'article 3 de la loi de finances du 30 janvier 1907 a rendu obligatoire la rédaction d'une notice résumant les conditions essentielles de la société en formation (dénomination, siège social, objet et durée de l'entreprise), et imposé aux fondateurs son insertion au *Bulletin annexe du Journal officiel* (devenu depuis le décret du 3 février 1912 : le « *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* »). Cette mesure de « moralité et de salubrité publique » a pour but d'éclairer le public, avant de faire appel à lui pour la souscription, sur les caractères de la société en formation. On ne peut cependant en faire le point de départ de la période constitutive, car pareille formalité n'est pas requise si la société se fonde entre les seuls fondateurs apporteurs du capital social sans souscription étrangère. Lecouturier, *Manuel formul. des soc. par actions*, 1908, p. 258 ; Vavasseur, 6e édit., t. I, p. 330 : — En *Norvège*, une souscription d'actions ne peut avoir lieu que 14 jours après la publication d'une invitation à souscrire dans le journal officiellement désigné à cet effet (Loi norvégienne du 19 juillet 1910 sur les sociétés par actions, *Ann. de législ. étrang.*, 1911, p. 424).

fréquente, où les fondateurs, auteurs des statuts, sont en même temps actionnaires ; or la jurisprudence, dans le silence de la loi, ne leur impose nullement l'obligation d'adhérer eux-mêmes aux stipulations de la charte qu'ils ont élaborée et qu'ils proposent aux souscripteurs de ratifier (1). Que décider, s'ils ne satisfont pas à cette condition ? Dans cette hypothèse, destinée d'ailleurs à se présenter de plus en plus rarement en pratique, l'ouverture de la période de formation doit être légèrement retardée et fixée à l'instant où sera recueillie la première souscription, où les statuts par conséquent ne pourront plus être modifiés au gré des fondateurs et deviendront la loi de la société, imprimant à celle-ci un caractère propre.

L'établissement de la charte destinée à régir les relations futures de la société ou de l'association, tant avec ses membres qu'avec les tiers, paraît bien être, à l'étranger aussi, considérée comme le point initial de cette procédure de constitution que nous étudions.

En *Allemagne*, l'article 182 du H. G. B. prescrit, comme première formalité à remplir, la confection des statuts (Gesellschaftsvertrag) par les fondateurs au nombre de 5 au minimum, et leur rédaction sous une forme notariée ou judiciaire. Les souscriptions d'actions, qui doivent être passées par écrit, ne sont régulières que si elles renferment la date et les conditions essentielles de l'acte social, ce qui suppose celui-ci au préalable dressé (2).

L'article 615, alinéa 2 du Code *fédéral* des obligations

(1) Paris, 13 janvier 1882, *R. S.*, 1883, 89 ; Paris, 3 février 1891, *J. S.*, 1891, 402, etc.

(2) Cosack, t. III, p. 134 ; Silbernagel, *loc. cit.*, p. 109 et suiv.

déclare pareillement que « les souscriptions d'actions ne sont valables que par une déclaration écrite se référant aux statuts » et dès lors ces derniers doivent exister au moins en projet ; ils sont l'œuvre des fondateurs, mais ne deviennent définitifs qu'après avoir été adoptés par l'assemblée générale constituante de l'article 618 (1).

L'article 129 du Code de commerce *italien* impose aux fondateurs, avant toute autre formalité, la rédaction d'un prospectus qui doit contenir les conditions principales de l'acte constitutif, et notamment l'objet de la société, pour permettre aux souscripteurs de s'engager en connaissance de cause ; ce prospectus est déposé au greffe du tribuna du siège social de la future société, où chacun peut le consulter avant de souscrire.

Enfin le droit *anglais* offre sur cette matière des dispositions particulièrement précises (2). Que la Company limited by shares (société par actions à responsabilité limitée) soit une Public ou une Private Company, et par conséquent qu'elle se forme avec ou sans offre au public de souscrire des actions (3), peu importe ; dans les deux

(1) Si des modifications importantes étaient apportées à ces statuts par cette assemblée, les souscripteurs seraient dégagés, les conditions, sous lesquelles ils ont souscrit, n'ayant point été maintenues. — Cf. Rossel et Mentha, *Manuel du droit des oblig.*, n° 817.

(2) Thoumyre, *Constitution des Companies limited by shares*, thèse, Caen, 1908, p. 42 et suiv. ; Palmer, *Company law*, 8e édit., p. 19 et suiv. — Comp. art. 32 de la loi belge de 1886-1913. « La société peut aussi être constituée au moyen de souscriptions. L'acte de société est préalablement *publié à titre de projet*. — Les souscriptions doivent être faites en double et indiquer la date de l'acte authentique de société et de sa publication, etc. »

(3) Ce n'est là qu'une des trois caractéristiques de la Private Company ; les deux autres sont : 1° la restriction du droit de transfert des obligations ; 2° la limitation du nombre des membres de la société à 50 (art. 121, al. 1, du C.C.A.). Thoumyre, *loc. cit.*, p. 24 et 25.

cas, les fondateurs (art. 2 du Companies Consolidation Act de 1908) sont tenus d'établir, dès le début, la charte de la société ou « Memorandum of association », document essentiel, « l'âme de la société », comme on l'a appelé, car il renferme tout ce qui la caractérise, son nom, son siège, son objet, la responsabilité des actionnaires, l'importance du capital social, la signature d'un certain minimum de personnes, la souscription d'une action au moins par chaque signataire (art. 3 du C. C. A. de 1908). Avec le Memorandum, il ne faut pas confondre les « Articles of association » ou statuts de la Company, qui relatent les détails d'organisation intérieure de la société ; signés par les signataires du Memorandum, ils peuvent être enregistrés, en même temps que lui, par le ministère du Registrar of joint Stock Companies (art. 10 du C.C.A.), qui en constate le dépôt par la délivrance d'un certificat d'incorporation. Ce certificat marque l'ouverture de la première phase de constitution de la société (1), pendant laquelle cette dernière devra recruter le capital nécessaire à la mise en train des affaires sociales, et lui confère, avec l'existence, la capacité nécessaire pour satisfaire à cette exigence.

Le droit anglais caractérise très nettement la situation de la société, avant et après l'obtention du premier certificat d'incorporation, et par là attribue une singulière importance à l'acte initial de la période de formation (2).

(1) La Private Company est définitivement constituée à la suite de ce certificat, puisque toutes les actions sont reportées entre les fondateurs (art. 121 et 87 du C.C.A.).

(2) De la législation anglaise, il convient de rapprocher les règles du Code civil *russe* relatives à la constitution de la société anonyme. En Russie, la première formalité à remplir par les fondateurs doit être la rédaction d'un projet de statuts qu'ils signent et soumettent à l'ap-

Personne morale dès l'ouverture de cette période, la société par actions, jusque-là, n'a pas existé comme telle, et s'il lui est arrivé de fonctionner déjà, elle ne sera pas pour autant traitée à l'égal d'une société par actions régulièrement incorporée, même pour les besoins de sa liquidation. Le tribunal, dont l'intervention en pareil cas devient obligatoire, jouit du pouvoir souverain de liquider le passé comme il l'entend, en respectant dans la mesure du possible les droits des tiers (1).

La détermination de l'ouverture de la phase préparatoire présente-t-elle dans notre droit les mêmes intérêts ? Il est permis de poser dès maintenant la question ; y répondre de manière complète sera le but de nos développements ultérieurs. Nous nous demanderons

probation des autorités compétentes. Aucune société anonyme ne peut être fondée sans une autorisation spéciale du pouvoir (art. 2140, C. civ.). Le projet de statuts examiné, et au besoin, amendé par le Ministère compétent, est transmis au Conseil des ministres, ou, le cas échéant, au Conseil d'Etat, puis à l'Empereur, qui le sanctionne par oukaze. Une fois publiés au *Journal officiel*, par les soins du Sénat, (art 2197), les *statuts* acquièrent force de loi. Ils sont véritablement une loi particulière, *qui peut déroger sur certains points à la loi générale*. D'où les conséquences suivantes : l'assemblée générale des actionnaires n'a pas le droit de les modifier à son gré ; — ils doivent être interprétés et exécutés comme une loi ; — et leur légalité ne peut être contestée par personne, même par les tribunaux. Enfin, aussitôt après la publication des statuts, la société, qui n'est point encore définitivement constituée et qui ne peut commencer ses opérations, *existe* déjà cependant en qualité de personne morale durant le temps que ses fondateurs mettront à recueillir les souscriptions et les premiers versements des futurs associés (art. 2166, 2174, 2175, C. civ.). — Comp. : Mallieux, *La société anonyme d'après le droit civil russe*, 1902, p. 38-53.

(1) Art. 267 à 273 C. C. A. de 1908 ; Hémard, *loc. cit.*, p. 787 et 788 ; Le Hoc, *La société anonyme en Angleterre et en France*, thèse, Caen, 1906, p. 114 et 115.

si l'on doit reconnaître, en France aussi, une certaine personnalité à la société par actions en voie de formation. Quant au point de savoir comment il convient de traiter la société qui a fonctionné, avant même d'être entrée dans sa période constitutive, nous l'éluciderons sans difficulté. Par le fait que notre législation a gardé le silence sur la date d'ouverture de cette période, nous avons cru pouvoir la reporter très loin dans le passé, au jour où les fondateurs premiers associés s'entendent sur les bases essentielles du pacte social, de telle sorte que toute société qui pourrait auparavant exister entre eux, ne serait qu'une société tout au plus à l'état de projet, nulle pour absence de consentement définitif, qu'il y aurait lieu de liquider comme une société créée de fait entre deux personnes quelconques (1). Il est presque inutile de le faire observer : une société sera nulle en qualité de société par actions, lorsqu'elle se sera révélée aux tiers comme étant en apparence définitivement formée, et pour apparaître telle, il lui aura fallu nécessairement accomplir quelques-unes des formalités de constitution des sociétés anonymes, ce qui la supposera du moins, engagée dans la période de réalisation.

Au fond, les solutions du droit anglais sur ce terrain avaient à peine besoin d'être législativement consacrées, tellement elles s'imposaient par la force même des choses.

SECTION III. — De la date de clôture de la période constitutive.

Lorsqu'elle a franchi « la phase critique », la personne

(1) Sur ces sociétés créées de fait, cf. Hémard, *loc. cit.*, p. 176 et suiv.

morale, quelle qu'elle soit, est apte désormais à jouer le rôle que ses fondateurs lui ont assigné. Sans doute, pour rendre opposable aux tiers la charte qui la régit, elle devra procéder parfois à des mesures de publicité ; mais en l'absence de celles-ci, elle n'en sera pas moins créée, car la publicité n'est pas une formalité intrinsèque de sa constitution (1) ; elle peut valablement fonctionner et commencer ses opérations, dès avant que soit expiré le délai qui lui est imparti pour s'y conformer (art. 5 et 25 de la loi de 1867). Aussi bien convient-il de déterminer avec soin le moment de sa naissance. Encore qu'il ne s'exprime pas toujours en termes très catégoriques et précis, le législateur donne cependant sur cette matière d'utiles indications, qui faciliteront notre tâche.

A. — S'agit-il d'une *fondation*, il ne peut guère y avoir, dans notre droit, d'hésitation sur la date de son apparition à la vie juridique. En France, jusqu'à présent, l'autonomie n'est acquise au patrimoine affecté à perpétuité à un but charitable qu'en vertu d'une concession gracieuse de l'Etat, sous la forme d'une reconnaissance d'utilité publique du nouvel établissement, au point qu'on a pu dire : « le véritable fondateur c'est bien plutôt l'Etat lui-même » (2). C'est lui qui confère à l'œuvre l'existence

(1) Cf. la démonstration faite à propos des sociétés *de personnes*, *supra*, la note 2 de la page 30. Les associations de la loi de 1901, qui veulent acquérir la petite personnalité (art. 6), doivent non seulement faire une déclaration à la Préfecture ou à la Sous-Préfecture (art. 5), mais encore, dans le *délai d'un mois*, rendre publique cette déclaration au moyen de l'insertion au *Journal officiel* d'un extrait contenant la date de la déclaration, etc. (art. 1er du décret du 16 août 1901). Pour les sociétés de secours mutuels, la publicité résulte d'une insertion au *Recueil des actes administratifs* de la Préfecture (art. 4 de la loi du 1er avril 1898).

(2) Tronquoy, *loc.cit.*, p. 57. — Cf. les déclarations de M. Briand, garde de sceaux, au cours de la discussion de la loi du 13 avril 1908, séance

fictive et la capacité juridique. La fondation directe, c'est-à-dire la création d'un organisme nouveau résultant du fait seul de la volonté individuelle, ne saurait être admise dans une législation comme la nôtre, tout imprégnée de l'idée de fiction de la personnalité morale.

Telle était la théorie universellement admise dans le courant du XIXe siècle et soutenue, dans ces dernières années encore, par des auteurs comme MM. Grunebaum-Ballin et Lévy-Ullmann (1). Elle a rencontré un adversaire résolu en la personne de M. Saleilles, qui l'a vivement combattue dans un remarquable rapport sur le projet relatif aux fondations, présenté à la Société d'études législatives en 1908 (2). Commentant l'article 1er du projet, le rapporteur déclare : « il a pour but de poser le principe de la fondation directe, qu'elle soit entre vifs ou testamentaire, en donnant pour fondement à la personne juridique qui la concerne l'acte de fondation, indépendamment de toute intervention administrative ». Certes la Société d'études législatives n'écarte pas, pour des motifs politiques et économiques (3), cette intervention, mais elle lui donne un caractère différent. L'Etat n'a plus d'autre droit que de faire opposition à l'exécution de l'acte de fondation dans l'intérêt de l'ordre public ou des bonnes mœurs, à raison des dangers que peut présenter la

de la Chambre du 17 décembre 1907, *J. off.*, p. 3960, au Sénat, séance du 1er avril 1908, *J. off.*, p. 470.

(1) *Essai sur les fondations par testament*, dans la *Revue trimest. de droit civ.*, 1904, p. 227.

(2) *Bulletin de la Société*, 1908, p. 357 et suiv. ; cf. notam., p. 374-375.

(3) Sur la valeur de ces motifs, comp. les rapports de MM. Saleilles, *Bulletin*, 1908, p. 389 ; Larnaude, *Bulletin*, 1909, p. 52 ; Michoud, *Bulletin*, 1909, p. 172. — *Adde* : Tronquoy, *loc. cit.*, p. 29 et suiv.

fondation, de son inutilité, de l'insuffisance ou de l'exagération des ressources qui lui sont affectées (art. 6 du projet) ; mais il ne la crée pas, il ne fait que reconnaître l'être juridique préexistant, dont « la capacité, dit l'article 11, alinéa 2, s'il n'y a pas opposition, est réputée remontée au jour de la publication prévue à l'article 4 ci-dessus. » C'est donc le dépôt de l'acte constitutif à la Préfecture du département, qui marque la naissance de la personne morale, et par là le projet consacre implicitement l'existence d'une période de formation de cette personne, à laquelle vient mettre fin l'accomplissement de la formalité de publicité.

A vrai dire, cette période, notre droit actuel la connaît déjà (1), et le Conseil d'Etat exige qu'avant d'être définitivement créée, l'œuvre fonctionne en fait pour justifier de son utilité. Mais ce n'est pas un des moindres mérites de la réforme proposée par la Société d études législatives, que d'assigner à la phase préparatoire une durée très courte, quitte ainsi à tenir moins longtemps en suspens les droits des héritiers. La clôture en effet n'en

(1) Il ne faut point hésiter à en affirmer l'existence, quelle que soit la valeur que les partisans de la théorie de la fiction s'accordent à reconnaître à l'intervention de l'Etat, sous la forme du décret, rendu sur avis du Conseil d'Etat. — Dans une lettre adressée à M. Saleilles le 27 décembre 1908, M. Hauriou, faisant valoir les dangers que pourrait présenter l'institution d'une commission des fondations, armée de pouvoirs de surveillance trop considérables, déclare « qu'il admettrait volontiers une période de transition pendant laquelle la fondation n'aurait qu'une *personnalité restreinte* et pourrait être dissoute, mais cette période serait close par la reconnaissance d'utilité publique qu'elle serait toujours libre d'obtenir. Une fois établissement d'utilité publique, la fondation serait affranchie du contrôle de la commission des fondations et ne pourrait plus être dissoute ». — *Bulletin*, 1909, p. 82.

dépendra plus désormais de la survenance d'un acte discrétionnaire du gouvernement, qui risque de se faire attendre de longues années, mais d'une publication que le fondateur, les exécuteurs testamentaires ou le Conseil de direction, prévu à l'article 12, ont intérêt à opérer dans le plus bref délai, et dont les effets ne pourront demeurer incertains au delà des 3 mois impartis aux divers intéressés pour faire opposition. A cet égard, les auteurs du projet ont su mettre à profit les enseignements du droit comparé.

Tandis qu'en Italie, en Belgique, en Hollande et en Espagne (1), la nécessité d'une autorisation par l'Etat de la fondation, équivalant à peu près exactement à notre reconnaissance d'utilité publique, a été conservée, les droits *allemand* et *suisse*, plus hardis, nous l'avons vu, ont adopté le système de la fondation directe, organisme indépendant, issu de la volonté de son auteur.

Mais peut-on soutenir que, dans ces législations, la liberté de fonder soit complète et que l'Etat y abdique tout pouvoir de contrôle (2) ? Non, certes : aussi bien le nouveau Code civil allemand a-t-il consacré dans une très large mesure le droit de surveillance de l'autorité publique. Le paragraphe 80 du B.G.B. maintient la nécessité « d'une

(1) De Lapradelle, *loc. cit.*, p. 377 et suiv.

(2) Même dans la législation anglaise, d'apparence si libérale, le droit de fonder n'est pas affranchi de toute réglementation. Si l'acte constitutif suffit à donner l'existence à la fondation (Charity), qui fonctionne sous la forme d'un *trust*, encore faut-il que le fondateur ait en vue l'intérêt de la collectivité et que l'œuvre de bienfaisance rentre dans l'une des catégories de Charities, légalement fixées par le paragraphe 2 de la section 13 du *Mortmain and Charitable Uses Act* de 1888, où se trouvent d'ailleurs, en grande partie, reproduites les dispositions du célèbre *Statut de la reine Elizabeth* de 1601. — Comp. la loi du 25 avril 1910 de l'Etat de New-York, sur la création de fondations privées-personnes morales (*Ann. de législ. étrang.*, 1911, p. 635).

approbation par celui des Etats d'Empire dans le territoire duquel la fondation doit avoir son siège », ou sinon par le Bundesrath, ce qui permet d'écarter les fondations inutiles ou dangereuses.

Le Code civil suisse (art. 81), par contre, se contente d'une simple formalité de publicité, l'inscription au registre du commerce.

Au fond, l'originalité de l'une et de l'autre législation réside surtout dans le caractère indiscutable qu'elles s'accordent à reconnaître à l'acte qui précède immédiatement la naissance de la personne juridique. Celui-ci n'a plus, comme on le soutient dans notre droit, d'effet créateur ; il n'est que la dernière condition requise pour que soit constituée la fondation, celle qui met fin à la période de formation ouverte par la manifestation de volonté du fondateur, pendant laquelle l'être moral en voie de réalisation a pu acquérir déjà certains droits et jouir d'une certaine existence, que nous aurons à préciser dans la suite.

B. — Et c'est bien sous cet aspect que, depuis la loi de 1901, il y a lieu d'étudier en France la situation de l'association (1) qui n'a point encore satisfait, à la condition

(1) On pourrait en dire autant du *syndicat* qui ne s'est pas encore fait connaître par une déclaration et le dépôt de ses statuts à la mairie (art. 4 de la loi du 21 mars 1884), d'une *société de secours mutuels libre*, avant le dépôt de ses statuts et des noms de ses directeurs ou administrateurs à la Préfecture ou à la Sous-Préfecture (art. 4 de la loi du 1er avril 1898), ou d'une société de secours mutuels *approuvée*, à capacité étendue, avant l'approbation de ses statuts par arrêté ministériel (art. 16), ou d'une *association syndicale de propriétaires*, avant la publication de l'extrait de l'acte d'association dans l'un des journaux d'annonces légales de l'arrondissement ou du département (art. 3, 6 et 7 de la loi du 21 juin 1865).

prévue par l'article 5 de la loi dans le but d'acquérir la petite personnalité, ou à la condition prévue par l'article 8 pour jouir de la capacité de recevoir à titre gratuit. La déclaration à la Préfecture doit être envisagée, non pas comme une survivance du régime antérieur de la concession par le législateur d'une personnalité, qui n'aurait pas son fondement en dehors de celle-ci, mais comme un acte de volonté de la corporation, qui réalise elle-même sa capacité (1). « L'association, dit M. Michoud, même non reconnue, même non déclarée, est par elle-même un groupement, qui présente les caractères fondamentaux de la personnalité morale et à qui il ne manque, pour pouvoir figurer sur la scène juridique, qu'une condition extérieure et formelle, la reconnaissance (2). »

Est-ce à dire qu'il ne faille voir dans la déclaration qu'une mesure de publicité, destinée à révéler aux tiers la nouvelle entité, et non une formalité essentielle de sa constitution ? Nous ne le croyons pas ; l'association non déclarée, fonctionnant en cette qualité, ne sera jamais pourvue que d'une individualité de fait. La déclaration à la Préfecture (ainsi que la reconnaissance d'utilité publique, lorsqu'il s'agit de l'acquisition de la pleine capacité) apparaît, en réalité, comme le dernier fait qui clôture la période préparatoire à la naissance de l'association, celui qui, de corporation à l'état de devenir, la transforme en personne morale définitivement créée.

Dans le droit *allemand* l'inscription des associations à but idéal (3) offre le même caractère ; elle est, « nous dit

(1) Argum. tiré de l'article 5 : « Toute association qui *voudra* obtenir la capacité... » Hauriou, *Pr. du droit public*, p. 514.

(2) Michoud, t. I, p. 419.

(3) Pour la définition du but idéal, dans la *B.G.B.*, cf. Saleil-

Wiedemann, une simple condition *sine qua non* pour l'entrée en scène du sujet de droits, et non sa *causa efficiens* » ; elle suppose par conséquent que l'association, au moment où elle est inscrite, est pourvue, comme l'enfant à sa naissance, de tous les organes propres à lui assurer une existence distincte de celle des personnes qui la composent dans ses relations futures avec les tiers, sinon, bien que régulièrement enregistrée à titre d'organisme indépendant, elle ne posséderait pas la personnalité morale (1). L'immatriculation constitue l'acte d'état civil du nouvel être juridique, la formalité finale à remplir pour que son existence soit reconnue par la loi (2).

La nouvelle législation *suisse* de 1907 est allée plus loin encore dans la voie du libéralisme : l'article 60 déclare que « les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres, qui n'ont pas un but économique, acquièrent

les : *Revue de droit public*, t. XV, p. 209, dans le *B.G.B.* et le Code civil suisse. — *Adde* : Wiedemann, *loc. cit.*, p. 241 à 334.

(1) Wiedemann, *loc. cit.*, p. 337-338, 449.

(2) Les autres formalités sont : la réunion de 7 associés au moins (art. 56 et 59, B.G.B.), l'organisation corporative de l'association et la nomination d'un représentant (Vorstand), le choix du nom et du siège social de l'association, la requête à fin d'inscription (Anmeldung). — Les associations à but économique (art. 22, B.G.B.), ou dont le siège est à l'étranger (art. 24) restent soumises au système de la concession : elles ne peuvent obtenir la capacité juridique qu'en vertu d'une autorisation émanant de l'Etat, sur lequel se trouve établi leur siège social. Quelle valeur convient-il d'attribuer à l'autorisation ? Nous croyons qu'il y a lieu de la considérer, tout au moins pour les premières, comme une simple mesure d'ordre, maintenue dans le but d'éviter les fraudes à la loi sur la constitution des sociétés par actions par le procédé de l'inscription, à laquelle auraient pu se soustraire de véritables sociétés, et non comme un retour de la législation allemande à l'ancienne théorie de la fiction.

la personnalité,dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement. Il suffira donc à ces associations, pour bénéficier de ce privilège, d'être munies des organes nécessaires à la réalisation d'une volonté collective (art. 54). L'article 716 du Code fédéral des obligations exigeait au contraire, dans tous les cas, l'inscription au registre du commerce.

En *Italie,* l'acquisition par l'association de la capacité juridique doit être rattachée à l'acte spécial du pouvoir exécutif, qui la lui confère (art. 2,Civ.). Mais il ne faut pas se méprendre sur la nature de la reconnaissance émanée de l'autorité compétente ; elle n'est point accordée avec parcimonie aux seules corporations qui poursuivent un but d'intérêt général, mais largement distribuée à tous les groupements légalement constitués. Par ailleurs,elle n'épuise pas, à elle seule, toute la durée de la période de formation ; ici encore elle n'en est que le point d'aboutissement. « L'acte d'élévation au rang de corps moral n'est pas l'acte constitutif, et ce n'est pas lui qui crée le corps moral, cette œuvre est celle des fondateurs et des associés ; si l'on veut parler de fondation, il faut dire que ce sont les coassociés et fondateurs qui créent ; le pouvoir public ne fait qu'approuver » (1).

La même remarque pourrait être faite à propos de la loi *hollandaise* du 22 avril 1855. Le régime de la reconnaissance préalable de l'association par une loi ou un

(1) Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, etc., t. I, p. 123. — Comp. Faggella, *Il riconoscimenta legale delle corporazione e delle fondazioni* « *Giurisp. italiana* », 1913, fasc. 3 et 4. L'auteur soutient une thèse très libérale, affirme que l'œuvre de la loi et de l'autorité publique est purement négative ; elle consiste à interdire ou à limiter la vie de l'être juridique, mais non à la créer.

arrêté royal qu'elle consacre ne doit pas être appliqué trop rigoureusement. En Hollande, comme en Italie, l'autorisation ne crée rien : elle n'est que la constatation officielle de la régularité de l'association et, en fait, paraît-il, on ne la refuse que très rarement (1).

En résumé, au système de *l'autorisation* par l'Etat des groupements à but non lucratif tend à se substituer dans presque tous les pays un système qui fait dépendre leur individualité juridique de l'observation d'un ensemble de règles prescrites par la loi, ou système de la *réglementation* (2). C'est un acheminement vers le régime de la liberté corporative complète, et à ce titre il mérite hautement d'être approuvé. Néanmoins, du point de vue qui nous occupe, pareil système intermédiaire ne laisse pas de présenter un inconvénient sensible. Plus nombreuses en effet deviennent les conditions d'une naissance régulière de l'être moral et plus s'allonge la période constitutive qui la précède, et plus augmente la difficulté où l'on se trouve, en l'absence de toute disposition expresse de la loi, d'en fixer le terme, de préciser l'instant où l'association va pouvoir fonctionner et jouir du bénéfice de la personnalité. C'est à une difficulté de ce genre que se serait infailliblement heurté l'interprète de la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions, s'il n'avait pu tirer de la loi elle-même les éléments d'une solution certaine.

(1) Biebuyck, *Le régime légal de la personnification civile en Hollande*.

(2) Comp. : la loi *ottomane* récente du *3 août 1325* (de l'hégire), aux termes de laquelle l'association peut se former sans autorisation préalable, sur simple déclaration de ses fondateurs, faite à Constantinople, au ministre de l'intérieur, en province, à l'autorité administrative la plus élevée de l'endroit.

C. — I. — *Législation française.* — La création des *sociétés par actions* se caractérise à l'heure actuelle par l'accomplissement d'un ensemble de formalités assez compliquées destinées, dans la pensée de ceux qui les ont établies, à constituer autant de garanties de sécurité pour les souscripteurs. Lors de la rédaction du Code de commerce de 1807, tandis que le mouvement économique n'était point encore aussi intense qu'aujourd'hui, et que les moyens de communication et de publicité étaient limités, on avait cru prudent, pour protéger la petite épargne et remédier aux abus provoqués par un régime trop libéral des sociétés par actions à la fin du XVIII[e] siècle, d'assujettir les plus importantes d'entre elles, les sociétés anonymes, à solliciter du gouvernement, en même temps que son patronage qui les aidait à recruter personnel et capital suffisants, une autorisation que celui-ci leur octroyait par décret rendu en la forme des règlements d'administration publique (1) (art. 37, Com.).

On sait comment, dans la seconde moitié du XIX[e] siècle, en présence de circonstances économiques nouvelles, par suite de la vive impulsion qu'imprima aux affaires l'utilisation d'inventions techniques de premier ordre, le législateur fut amené à se départir de sa rigueur primitive, d'abord en 1863, au profit des sociétés à responsabilité limitée dont le capital ne dépassait pas 20 millions, puis, au profit de toutes les sociétés par actions par la loi du 24 juillet 1867, qui introduisit le système dit de la réglementation légale.

(1) Le décret d'autorisation ne conférait pas cependant la capacité juridique à la société, mais lui permettait de se former librement, en enlevant à sa constitution le caractère d'illégalité. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 459.

L'autorisation préalable n'a été supprimée pour les sociétés d'assurances sur la vie que par la loi du 17 mars 1905, qui abrogea l'article 66 al. 1er de la loi de 1867. Jusqu'en 1905, ces sociétés y restèrent soumises sans qu'il fût fait de distinction entre les sociétés mutuelles et les sociétés à primes. Depuis 1905, toutes les entreprises sans exception, qui se livrent à des opérations, dans lesquelles la durée de la vie humaine joue un rôle, ainsi d'ailleurs, depuis la loi du 19 décembre 1907, que les sociétés de capitalisation, qui ont pour objet la constitution ou la reconstitution de capitaux au moyen de versements uniques des associés, sont soumises à l'obligation de se faire enregistrer au Ministère du travail et de la prévoyance sociale. Quelle valeur y a-t-il lieu de reconnaître à l'accomplissement de cette condition ? Doit-on la ranger dans la catégorie des formalités de la période constitutive, qu'elle aurait pour rôle de clôturer ? Nous ne le pensons pas. D'après la législation nouvelle, à l'autorisation, mesure arbitraire, on a substitué l'enregistrement « dont le refus doit être motivé par une infraction soit aux lois, notamment à celles qui régissent les sociétés, soit aux décrets prévus par l'article 9 ci-après » (art. 3 de la loi de 1905). La formalité a changé et ses effets aussi. Une société d'assurances sur la vie ou de capitalisation non enregistrée est une société définitivement constituée, pourvue de la capacité juridique (1), dont le commencement des opérations sociales demeure seulement retardé.

Et que l'on ne s'avise pas de penser qu'il y a là une simple question de mots. La détermination des forma-

(1) On a parfois contesté la personnalité juridique à ces sociétés. Lyon-Caen et Renault, t. II, nos 137-138. En sens contraire : Thaller, no 737 ; Michoud, I, p. 459-460.

lités de la période constitutive prend en matière de sociétés une importance capitale à cause de la sanction particulière qu'entraîne leur absence, c'est-à-dire la *nullité* de la société. Or, tandis que sera nulle la société d'assurances sur la vie, lorsque ses fondateurs auront omis de remplir soit l'une des formalités du droit commun des sociétés, soit l'une quelconque des conditions spécialement imposées à ce genre d'entreprise, obligation d'avoir un capital social de 2 millions au moins (art. 5, al. 1er), de constituer un fonds de premier établissement de 50.000 fr. (art. 5, al. 2), et un fonds de réserve (art. 6) (1), la société, par contre, qui aura satisfait aux unes et aux autres de ces conditions, sera régulièrement formée, mais se trouvera dans l'impossibilité de fonctionner légalement avant d'avoir été enregistrée. Au cas de contravention à cette prohibition de la loi, l'article 16 condamne les administrateurs, directeurs ou gérants, à des amendes, et dans l'hypothèse de récidive, à un emprisonnement.

Des formalités de *constitution* de la société, il faut donc distinguer les formalités de *fonctionnement*, puisque à chacune de ces catégories, des sanctions différentes sont attachées. Et c'est là le premier intérêt pratique, que présente une délimitation exacte de la période de formation de la société (2).

(1) Comp. l'article 3 de la loi du 3 décembre 1909 sur les Compagnies d'assurances en Angleterre : toute Compagnie qui s'occupe d'assurances doit verser entre les mains du trésorier général, au nom de la Cour suprême de justice, la somme de 20.000 livres, après quoi un certificat d'incorporation peut lui être délivré.

(2) N'y a-t-il pas cependant des hypothèses où un fait postérieur à la constitution entraîne la nullité de la société ? On l'a prétendu, au cas d'*augmentation du capital social réalisée avant tout fonctionnement de la société*. Mais cette augmentation régulièrement opérée est vala-

Formalité de fonctionnement aussi, la publicité exigée de la société par actions dans le mois qui suit sa naissance (art. 55 et suiv.). On nous objectera, peut-être que le législateur en prescrit l'observation « *à peine de nullité* à l'égard des intéressés (art. 56, al. 3) ». Par suite, ou bien notre affirmation est vérifiée, et on ne doit pas hésiter, puisque leur absence est sanctionnée par la nullité de la société, à déclarer constitutives les règles des articles 55 et 56 de la loi de 1867, au même titre que celles des articles 1er, 4 et 5, 23, 24 et 25 de cette loi, ou bien elle est inexacte, et il est faux de prétendre que l'accomplissement des seules formalités de constitution soit prescrit à peine de nullité.

Quant au premier terme de l'alternative, nous ne nous attarderons pas à le réfuter ; il y aurait lieu, pour ce faire, de reprendre ici l'argument tiré de l'article 55, alinéa 1er, que nous avons précédemment indiqué à propos des sociétés de personnes, argument qui permet de soutenir que la société est constituée entre les parties avant que son existence soit révélée aux tiers.

Mais si la société est déjà constituée, lorsque l'on procède à sa publication, elle est, dès ce moment aussi, une personne morale, car une société ne sort de sa phase préparatoire qu'à l'instant où elle acquiert une capacité juridique définitive. Et cela démontre l'erreur de ceux qui veulent établir une corrélation entre la publicité et l'apparition de la personnalité (1).

ble. Seulement il faut admettre que sa nullité entraîne la nullité de la société, car, à vrai dire, la naissance de la société est reportée au jour de la réalisation de l'augmentation, que l'on doit considérer comme la dernière des opérations constitutives. Hémard, *op. cit.*, p. 330 ; Vavasseur, *Rev. des soc.*, 1906, p. 231.

(1) Labbé, note précitée au S. 73.2.169, et Thaller et Pic, t. I, n° 288.

Reste le second terme de l'alternative. Sans entrer dans de trop longs développements, qui dépasseraient les limites de cette étude, il faut néanmoins quelque peu insister sur le caractère de cette prétendue nullité, pour défaut de publicité (1). Et d'abord, un point certain paraît acquis, c'est qu'à cette nullité on ne peut, en tout cas, reconnaître les effets ordinaires d'une pareille sanction. Le législateur lui-même a consacré une différence notable : tandis que la nullité, d'habitude, produit effet à l'égard de tous, « le défaut d'aucune d'elles (des formalités de publicité), dit l'article 56 alinéa 3, ne pourra être opposé aux tiers par les associés ». Et une jurisprudence constante (2), remontant à la première moitié du siècle dernier, décide que, dans les rapports des associés entre eux, la société subsiste dans le passé, en qualité de société de fait. Peut-être dans ces conditions, serait-il préférable de ne pas s'en tenir aux termes de l'article 56, alinéa 3, qui ne correspondent pas à la pensée des auteurs de la loi. Le législateur de 1867, sans doute parce que la société est un organisme en dehors, qu'elle entre comme tel en relations avec les tiers, et partant, qu'elle doit au préalable avoir été portée à leur connaissance, n'a pas cru suffisant d'infliger une amende aux associés ou aux fondateurs, coupables de n'avoir pas procédé à cette publicité, et a fait, de leur faute ou de leur négligence, une cause de *dissolution anticipée* du pacte social, mais il n'a pas pu, et il n'a pas voulu en faire une cause *d'inexistence*.

(1) Sur cette question, comp. Hémard, *loc. cit.*, p. 239 et suiv. Nous n'avons fait que résumer au texte les analyses de cet auteur.

(2) Citons parmi les arrêts les plus récents : Req., 28 mars 1898, D. 99.1.158 ; Req., 20 novembre 1901, D. 1907.1.217 ; Amiens, 28 décembre 1904, *J. des soc.*, 1906, p. 16, etc.

Les discussions s'engageront sur la véritable nature de la sanction, édictée par l'article 56, alinéa 3 : les uns parleront d'inopposabilité de la société aux tiers (1), les autres plus exactement, d'irrégularité (2) ; la question manque d'intérêt, dès lors que nous avons démontré le caractère de cette sanction, qu'il n'est pas possible d'assimiler à la nullité, pour violation des règles primordiales de constitution.

Faut-il aller plus loin et prétendre qu'une société par actions ne peut être déclarée nulle à ce titre, tant qu'elle n'est pas arrivée au terme de sa phase préparatoire ? Pour éviter tout malentendu, il convient de préciser l'hypothèse, que nous avons en vue : une société de ce genre a fonctionné (3), tandis que, régulièrement ou irrégulièrement constituée à d'autres égards, elle n'a point cependant accompli le dernier acte, duquel dépend sa formation définitive ; doit-on la considérer comme une société par actions, et sur cette base procéder aux opérations de liquidation qu'entraîne la déclaration de nullité ? Nous répondrons par l'affirmative. La formalité de clôture de la période constitutive, en droit français, n'a pas l'importance qu'on serait tenté de lui prêter ; elle n'est pas la *causa efficiens* de la société, ce faute de quoi, celle-ci ne peut exister et fonctionner en

(1) Thaller, *J. des soc.*, 1884, p. 768, et *Droit comm.*, n° 366. Dans le sens de l'assimilation de la nullité pour défaut de publicité à la nullité, pour vice de constitution, comp. Beslay et Lauras, *Commentaire théor., prat. et critique du Code de comm.*, t. V, p. 629 et suiv. ; Pont, *Sociétés civ. et com.*, n^os^ 1243 et 1264 ; Arthuys, *Constitution des sociétés par actions*, n° 160, p. 133 et 134.

(2) Hémard, *loc. cit.*, p. 249.

(3) Si elle n'avait pas fonctionné, il ne serait pas question de l'annuler ; on lui reconnaîtrait seulement le caractère, qu'il y a lieu d'attribuer à la société par actions en voie de formation.

fait, mais l'une des conditions de son existence légale, la dernière en date, et voilà tout. Peu importe l'opinion que l'on professe sur la nature de l'organisme-société par actions durant le temps de sa réalisation, alors bien entendu que ses fondateurs se gardent de commencer en son nom et prématurément les opérations sociales (1) ; il demeure évident que si, au contraire, la société s'est révélée aux tiers comme ayant franchi, en apparence du moins, la phase critique, ceux-ci ont acquis un droit incontestable à la traiter comme telle dans le passé, au moment de sa disparition (2). Nous écarterons donc ce second intérêt pratique, qu'on pourrait trouver à la délimitation de la période, qui nous occupe.

Par ailleurs, soit dans la loi, soit dans la jurisprudence,

(1) Cf. *infra*, titre III, chap. I, sect. I.

(2) Lorsque la société est entachée de nullité pour vice de forme, les tiers, dit-on, ont un droit d'option, ils peuvent ou se prévaloir de la nullité, ou tenir la société pour régulière. Dans le cas où les tiers optent pour la nullité, la société, parfois, ne sombre pas complètement à leur égard ; elle s'impose à eux dans la mesure où le vice a laissé subsister une société diminuée « d'une forme mineure », qui n'a certes pas été voulue originairement par les parties, mais qui se trouve néanmoins avoir été réalisée. — Cf. Perrin, *La conversion par réduction des actes et des personnes juridiques*, thèse Dijon, 1911, p. 285.

L'hypothèse d'un droit d'option des tiers a été émise pour la première fois par Pont (*Des sociétés*, t. II, n° 1255 et suiv.). La plupart des auteurs modernes l'acceptent (cf. Lyon-Caen et Renault, n° 233 ; Floucaud-Pénardille, t. I, n^{os} 490-491, 583 ; Houpin, n° 569 ; Thaller et Pic, t. I, n^{os} 291 et suiv. ; Lacour, n° 266). M. Hémard l'a récemment et à juste titre critiquée (*op. cit.*, p. 252-262 ; 589-594). En effet, les articles 7, alinéa 2, et 56, alinéa 3, de la loi de 1867, sur lesquels on la fait reposer, disent que « la nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés », et cela signifie seulement « que les associés ne peuvent pas se prévaloir de cette irrégularité pour éviter les conséquences des opérations conclues en société » (Hémard, *op. cit.*, p. 262). Mais la société, entachée d'un vice de forme est nulle, ou plutôt irrégulière, vis-à-vis de tous, des tiers comme des associés ; elle ne vaut à leur égard, que pour ce qu'elle s'est révélée en fait.

il serait facile d'en découvrir d'autres plus appréciables. Les articles 55 et 56 des lois de 1867 et 1893 font un devoir aux personnes, chargées de l'administration ou de la gérance de la société commerciale de procéder aux formalités de publicité dans le mois de sa constitution, et c'est encore celle-ci qui fixe l'instant, où les actions de numéraire deviennent négociables (1) (art. 2), en même temps que le point de départ du délai de deux ans, à l'expiration duquel les actions d'apport le seront (art. 3). C'est à partir de la constitution seulement que les gérants, fondateurs et administrateurs sont en droit de procéder à une émission régulière des actions (arg. art. 13), et que court le délai de prescription établi par l'article 8 de la loi de 1867 ; à partir de cet instant, que la société est tenue de faire, dans le mois qui suit, une déclaration d'existence au bureau de l'Enregistrement du lieu où elle a son principal établissement, sous peine d'une amende de 100 à 5000 francs en principal. Antérieurement à cette constitution, les assemblées générales d'actionnaires, appelées à délibérer sur la vérification des apports (art. 4 et 30), sur la nomination des administrateurs (art 30), sur la sincérité de la déclaration notariée, faite par le gérant ou les fondateurs (art. 1er et 24), diffèrent des assemblées générales ordinaires, quant à leur composition et au mode de délibération et de vote de leurs membres (art. 4 et 30). La société ne doit commencer ses opérations que lorsqu'elle a fran-

(1) Arthuys, *Const. des soc. par act.*, n° 82 ; Bouvier-Bangillon, *Loi du 1er août* 1893, p. 133 ; Boistel, n° 260 ; Bédarride, nos 56 et 57 ; Pont, nos 907 et 908 ; Lyon-Caen et Renault, n° 729 ; Houpin, n° 321 ; Thaller, n° 615, et la jurisprudence ; Paris, 18 août 1884, *J. S.*, 1885, 652 ; Seine, 16 décembre 1886, *J. S.*, 1890, 344. — En sens contraire : Beslay et Lauras, nos 246 et suiv.

chi la phase critique, mais elle le peut, dès avant les publications. Avant la clôture de la période préparatoire, les fondateurs ont toute faculté de réparer les vices de constitution atteignant la société, sans encourir de responsabilité pendant les trois ans, qui suivent la naissance de la corporation (art. 8, al. 3 de la loi de 1867-1893). Après la clôture, un fait postérieur (autre que le défaut de publicité) n'entraîne jamais la nullité de la société (1). Enfin la jurisprudence décide que, tant que la société n'est pas formée et qu'elle n'a pas fonctionné, les souscripteurs d'actions ne peuvent être considérés que comme de futurs associés : ils ne sont pas encore définitivement engagés, et si la société ne se forme pas, ils produisent à sa liquidation en qualité de créanciers des sommes souscrites et versées (2).

Tels sont les principaux intérêts, qui s'attachent à la détermination de l'époque exacte de la formation de la société. Quand donc la société est-elle définitivement constituée ?

D'après l'article 25 de la loi de 1867, la société *anonyme* prend naissance, dès que les administrateurs et commissaires de surveillance, nommés par la seconde assemblée générale constitutive, ont accepté leurs fonctions. MM. Lyon-Caen et Renault (3) font à juste titre observer qu'il ne faut pas attribuer à cette disposition un caractère impératif. La loi n'a pas entendu fixer l'ordre, dans lequel devaient être conduites les délibérations de cette seconde assemblée,qui peut parfaitement être appelée à remplir en dernier lieu quelqu'autre formalité,comme

(1) Cf. *supra*, la note 2 de la page 84.

(2) Rouen, 4 janvier 1911, *Gaz. Pal.*, 6 mai 1911, *Rev. des soc.*, 1192, p. 340 ; Cass., 10 avril 1889, S. 90.1.25 et la note.

(3) Lyon-Caen et Renault, 4e édit., t. II, p. 72.

la vérification de la sincérité des souscriptions et versements (1) ou l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers. Du dernier vote datera la constitution. Bien plus, il arrivera parfois que l'assemblée générale n'ait point à élire les administrateurs, qui seront alors désignés par les statuts (2) (art. 25, al. 3), mais toujours néanmoins, il lui appartiendra de choisir les commissaires.

Dans l'hypothèse courante de nomination des uns et des autres en assemblée constitutive, quand est-ce que ceux-ci seront réputés avoir accepté leurs fonctions ? Pas de difficultés, lorsque présents ou représentés à la réunion, eux-mêmes ou leurs représentants, munis d'un pouvoir spécial, ratifieront le vote sur-le-champ, et que le procès-verbal de la séance fera mention de leur consentement (3) (art. 25, al. 4). Au cas, par contre, où ils ne sont ni présents, ni représentés à l'assemblée, il y a lieu d'examiner en fait, à quel moment leur acceptation est intervenue ; elle peut être donnée par acte authentique ou sous seing privé, comme aussi être tacite et s'induire de certaines circonstances, que les tribunaux apprécient souverainement (4), par exemple, du fait que les administrateurs

(1) Avec M. Thaller (*loc. cit.*, n° 543, note 1), il faut admettre que l'article 24, alinéa 2, n'exige pas, sous peine de nullité, que ce soit la première assemblée générale, qui statue sur ce point. — Cf. Arthuys, n° 54 ; Seine, 27 mars 1884, *Rev. des soc.*, 1884, p. 511 ; et Lyon, 3 décembre 1895, *Rev. des soc.*, 1896, p. 362.

(2) En pareil cas, si ces personnes désignées ont participé à la rédaction du pacte social et l'ont signé, leur acceptation résultera des statuts eux-mêmes : Floucaud-Pénardille : *Sociétés par actions*, t. I, n° 555 ; Pont, n^{os} 1006 et 1007 ; Arthuys, *loc. cit.*, n° 76 ; Houpin, n° 533.

(3) Comp. article 12, alinéas 3 et 4 du décret du 22 janvier 1868 sur les sociétés d'assurances mutuelles.

(4) Bédarride, n° 375 ; Floucaud-Pénardille, n° 555 ; Lyon-Caen et

élus ont effectivement commencé à s'acquitter de leurs fonctions.

Il semblerait que, *mutatis mutandis*, les mêmes principes dussent s'appliquer à la *société en commandite par actions*. Car si la logique veut qu'une société ne soit définitivement constituée et partant, en mesure d'entreprendre ces opérations que lorsqu'elle est pourvue de tous les organes destinés à lui assurer une marche régulière, il faut décider que la nomination d'un conseil de surveillance rentre dans les éléments essentiels à la formation de la commandite par actions. Cependant, à s'en tenir à la lettre de l'article 5, alinéa 2, de la loi de 1867, il n'en serait rien : « Le conseil, dit cet article, est nommé par l'assemblée générale des actionnaires, immédiatement *après* la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale. » Et certains auteurs (1) en ont conclu, hâtivement, à une différence à établir sur ce point entre la société anonyme et la société en commandite. Le texte de la loi est trop précis, ont-ils déclaré, pour qu'on le discute, en alléguant une inadvertance du législateur.

Contrairement à cette opinion, nous ne pensons pas que l'article 5, alinéa 2, soit si clair qu'il y ait impossibilité absolue de l'interpréter dans un sens différent. Aussi bien, avec cette explication, la restriction finale de l'alinéa 2 « avant toute opération sociale » vient-elle, sinon contredire, tout au moins obscurcir de singulière façon le premier membre de phrase. Qu'est-ce à dire ? La société serait constituée aussitôt après l'approbation par la

Renault, t. II, n° 723 ; Houpin, n° 533 ; Cass., 13 novembre 1876, S. 76. 1. 6 ; Trib. Lyon, 9 février 1899, *J. S.*, 1899, p. 470.

(1) Beslay et Lauras, *loc. cit.*, n° 537 ; Pont, n° 1037 ; Arthuys, n° 73.

seconde assemblée générale des apports en nature et des avantages particuliers, et pourtant elle ne pourrait fonctionner avant l'élection du conseil, sous peine d'encourir la nullité édictée par l'article 7, qui sanctionne l'absence des formalités de constitution ! Mieux vaut, à notre avis, supposer que le législateur, dans l'article 7, a prévu l'hypothèse normale de nomination du conseil de surveillance et de l'acceptation de ses fonctions au cours de la même assemblée, qui a constitué la société. L'accomplissement de ces diverses formalités faisant alors l'objet d'une seule séance, la question de savoir laquelle est remplie en dernier lieu et clôture la période de formation, perd tout son intérêt.

C'est qu'en effet, et nous avons eu l'occasion de le remarquer à propos des sociétés anonymes, si l'acceptation de leurs fonctions par les organes de la société par actions (1) marque le plus souvent la naissance de celle-ci, il ne doit pas, toujours et nécessairement en être ainsi. La constitution définitive de la société date, disions-nous, en fait, de l'instant où se trouve réalisée la dernière condition mise par la loi à l'ouverture de ses opérations, par exemple, du dernier vote de la seconde assemblée générale. Et cette imprécision de la législation française sur ce point conduit à n'accorder aucune valeur spéciale à l'acte, à partir duquel la société est formée.

II. — *Droit comparé.* — Un autre système, au contraire, a prévalu dans la plupart des législations étrangères (2),

(1) Même solution pour la société par actions à *capital variable*, qui doit observer toutes les formalités de constitution des sociétés par actions ordinaires.

(2) La loi belge de 1873, modifiée en 1886 et en 1913 n'a point cependant adopté l'institution du registre du commerce. En *Russie*, la société

qui consiste à faire dépendre l'existence de la société avec les modalités et la capacité, que ses fondateurs ont désirées pour elle, de l'exécution d'un acte déterminé : une inscription au registre du commerce. Sans doute, sous ce régime ne disparaît pas l'utilité des opérations constitutives, antérieures à cette inscription, et précisément, en procédant à celle-ci, l'autorité gardienne du registre se rendra compte si celles-là ont été observées. Seulement, et voici où apparaît l'originalité du système, l'enregistrement a pour effet capital de régulariser ces formalités antérieures, et si elles sont entachées d'un vice de forme, d'écarter désormais toute demande en annulation de la société pour ce motif.

En Allemagne, la société par actions n'existe comme telle, qu'à dater de son inscription sur le registre du commerce (1) (Eintragung), effectuée sur notification (An-

anonyme n'est définitivement formée qu'à partir de l'instant, où toutes les actions sont souscrites et les versements opérés (art. 2175, C. civ.). Mais les souscripteurs peuvent *négocier* les bons provisoires, qui leur sont remis, avant même la constitution de la société (art. 2163 et 2167, C. civ.).

(1) Cosack, t. III, p. 197 ; Silbernagel, *op. cit.*, p. 390. Art. 200, H.C.B. Art. 623. C. féd. des oblig En Allemagne, bien qu'entre associés la société soit créée dès l'instant, où l'assemblée générale des souscripteurs, qui doit être convoquée et se tenir entre la notification et l'inscription au registre, a décidé par son vote de donner suite au projet de fondation (art. 196, H.G.B.), cependant c'est à partir de l'enregistrement : 1° que les titres d'actions (*Aktienbriefe*) peuvent être émis (art. 200, al. 2) ; jusqu'alors les fondateurs n'ont pu délivrer aux souscripteurs que les bulletins provisoires (d'après l'art. 636, C. féd. des oblig., les fondateurs n'ont pas même le droit d'émettre des certificats de ce genre ; ils délivrent seulement aux souscripteurs des récépissés, emportant quittance du montant de leurs versements) ; 2° que les actions peuvent être librement aliénées (art. 200, al. 2) dans les limites, où le permettent les statuts ; 3° que les personnes, qui agissent au nom de la société ne sont plus responsables personnellement

meldung) des fondateurs et des membres de la direction et du conseil de surveillance, par les soins du juge du registre qui a pour mission aussi de vérifier si les formalités requises par la loi (art. 195, 198, 200 H. G. B.) ont été remplies, c'est-à-dire si les statuts ont été dressés sous forme judiciaire ou notariée, s'ils sont l'œuvre d'un nombre minimum de fondateurs (art. 182), s'ils renferment les indications jugées essentielles, indications de la firme, du siège social, de l'objet de l'entreprise, du montant du capital constitutif, etc., si le rapport sur la constitution rédigé par la Direction (Vorstand) ou le conseil de surveillance (Aufsichtsrath) constate l'accomplissement des prescriptions légales : souscription intégrale, versement d'une partie de la mise sur chaque action (25 0/0), sans examiner cependant si, en fait, ces conditions ont été respectées etc.... Sont reproduites sur le registre les dispositions essentielles des statuts (firme et siège de la société, art. 198, H.G.B.).

Le problème intéressant, qui se pose alors, est le suivant : la société, une fois immatriculée, est-elle à l'abri de toute action en nullité, pour vice inhérent à sa constitution, autrement dit, l'inscription purge-t-elle tous ces vices, a-t-elle un effet confirmatif ? S'il en est ainsi, la formalité de clôture de la période préparatoire à la naissance de la société revêt en droit allemand une importance que certainement elle ne possède pas chez nous.

Nous ne pouvons entrer ici dans un examen approfondi de ce problème et des diverses solutions qu'il a reçues, tant sous l'empire de l'ancien Code de commerce que depuis sa revision en 1897. Aussi bien, nous faudrait-il

et solidairement (art. 200) ; 4° enfin, que la société peut être déclarée nulle en qualité de société par actions.

exposer la théorie des nullités de sociétés par actions en droit allemand, ce qui sortirait des cadres de cette étude. Qu'il nous suffise de rappeler les principes directeurs de la législation actuelle. Aux termes de l'article 309, H.G.B., si le contrat de société ne renferme pas les conditions essentielles prescrites par l'article 182, alinéa 2, ou si l'une de ces conditions est nulle, tout associé, ou tout membre du conseil d'administration et du conseil de surveillance peut intenter une action en vue de faire déclarer nulle la société. Ainsi l'enregistrement efface les vices non essentiels, mais il laisse subsister l'action en nullité, chaque fois qu'elle sanctionne l'absence de conditions essentielles ; et pour la détermination de ces dernières, il y a lieu de se reporter à l'article 182, alinéa 2. Quoi qu'en pensent certains auteurs, le procédé de l'inscription au registre du commerce, procédé préventif, dont le principal avantage consiste à marquer, de façon certaine, l'instant de l'apparition de la personne morale, laisse place encore à une application, réduite peut-être par le fait du contrôle de l'autorité, mais inévitable, du système si défectueux de la nullité (1).

L'article 98 du Code de commerce *italien* permet également de déterminer l'époque de la constitution définitive de la société anonyme (2), qui dépend de l'accomplis-

(1) En *Suisse*, le Tribunal fédéral, par un jugement du 14 septembre 1889 (Wiedemann, *loc. cit.*, § 22), a décidé « qu'en dépit du manquement à la règle légale, l'acte formel d'inscription sort son effet, que la société acquiert par là même une personnalité régulière et que le vice est réparé par l'inscription ». Mais la doctrine semble vouloir réagir contre cette tendance de la jurisprudence et ne pas reconnaître un effet aussi absolu à l'immatriculation sur le registre, cf.: Silbernagel, *op. cit.*, p. 180.

(2) La société en commandite par actions, la société coopérative

sement des formalités énumérées aux articles 91 et suivants, à savoir : dépôt de l'acte constitutif et des statuts au greffe du Tribunal civil, dans le ressort duquel se trouve le siège social de la société, décision du tribunal civil constatant qu'ont été remplies les conditions légales de formation régulière et ordonnant la transcription et l'affichage des statuts et de l'acte constitutif, transcription d'un extrait de cet acte au registre des sociétés, affichage de l'extrait dans la salle d'audience, etc... L'article 98 semble bien rattacher l'acquisition de la personnalité morale à l'accomplissement de toutes les formalités prescrites aux articles 87, 90, 91, 93, 94 et 95 ; il en tire même cette conséquence que, jusqu'à cette époque, « les associés fondateurs administrateurs, et tous ceux qui opèrent au nom de la société contractent une responsabilité illimitée et solidaire pour toutes les opérations assumées » (1). En réalité, dès lors que le tribunal dont le contrôle doit s'exercer effectivement, non point sur la valeur économique de l'entreprise, mais sur sa régularité, l'a déclarée constituée conformément à la loi et a autorisé son inscription au registre, la société est irrévocablement créée et garantie, grâce à cette vérification judiciaire, contre toute demande d'annulation, pour inobservation des règles constitutives. Les formalités complémentaires de publicité, dont l'absence ou l'inexactitude n'entraîne

(art. 221), la société d'assurances mutuelles (art. 242) sont soumises à la même réglementation. L'institution de l'autorisation administrative ne subsiste plus que pour les établissements de Crédit foncier de la loi du 18 juillet 1890 (art. 6), pour les caisses d'épargne (loi du 15 juillet 1880), les entreprises exploitant les assurances contre les accidents du travail, les entreprises d'émigration. — Vivante, t. II, p. 261 ; Manara, *Delle societa e delle associazoni commerciali*, t. II, sect. II, p. 265.

(1) Bing, *La société anonyme en droit italien*, p. 127.

que l'irrégularité de la société, n'ont plus d'autre but que de révéler aux tiers l'existence du nouvel être juridique.

Il semblerait tout naturel d'interpréter en ce sens l'article 137, qui frappe de nullité toute vente d'actions, faite par les souscripteurs « avant que la société soit légalement constituée ». Mais ce dernier membre de phrase a été très diversement commenté par les auteurs : tandis que les uns (1) pensent qu'à cette expression « avant que la société soit légalement constituée » de l'article 137, il convient de donner la signification, que personne ne serait tenté de lui contester à l'article 98, et par suite, que la société n'est définitivement formée qu'autant qu'ont été remplies les formalités de vérification par le tribunal et de publication, d'autres (2), au contraire, pour d'écarter l'annulation de toutes les ventes, dont ont pu faire l'objet les actions de la société pendant un nombre d'années souvent considérable, soutiennent que, dans cet article 137, le législateur a songé aux conditions de constitution énumérées aux précédents articles de la section (art. 126 à 136), qui ont trait à la formation du seul contrat social ou, si l'on préfère, du seul acte constitutif (3). Notre intention n'est pas de prendre position

(1) Manara, *loc. cit.*, p. 573.

(2) Navarrini, *Diritto comm* , t. II, p. 97, et *Commentario*, n° 306 et suiv., *Rivista di dir. comm.*, 1909.1.410 ; Sraffa, *Riv. di dir. com.*, 1909.1.159 ; Bonelli, *id.*, 1906.1.124 ; Chironi, *id.*, 1910.2.323.

(3) L'acte *constitutif*, qu'on lui reconnaisse ou non un caractère contractuel (cf. *infra*, titre II, chap. III, sect. II, § 1) est conclu, lors de l'approbation des statuts par l'assemblée générale (Vivante, t. II, p. 251). A partir de ce moment, les souscripteurs sont définitivement engagés ; mais on ne peut dire que la société existe déjà, en qualité de personne morale. L'apparition de la personnalité morale doit être rattachée à l'ordonnance du tribunal.

dans cette controverse ; nous ne faisons qu'en donner un simple résumé. Quelle que soit l'interprétation qui l'emporte, et la seconde solution, plus pratique peut-être, dût-elle encore être préférée à la première, à d'autres égards, le principe n'en resterait pas moins exact que la société par actions, en droit italien, sort de sa phase préparatoire, lorsque l'autorité judiciaire en ordonne l'inscription au registre.

Enfin, pour en avoir terminé avec cet aperçu sommaire des principales législations qui ont adopté l'institution du registre du commerce (1), il convient d'examiner quel rôle joue celui-ci dans la formation de la Company, en Angleterre (2). Le Companies Consolidation Act de 1908 a conservé la division, introduite par l'Act de 1907, des sociétés Limited, en sociétés *privées* et sociétés constituées par *appel au public*. A cette division correspond une différence importante, quant à la date de clôture de la période constitutive des Companies de l'une et de l'autre catégorie.

Par l'enregistrement du Memorandum et des statuts, la société privée est créée : à partir de cet instant, non seulement les opérations sociales peuvent commencer, mais aussi toute demande en annulation

(1) Elle est en vigueur aussi en Espagne (art. 43, 119, C. com., et décret espagnol du 21 décembre 1885 sur l'organisation du registre du commerce).

(2) Rappelons que sont également des Companies, régies par les Acts et soumises à la formalité de l'enregistrement, les associations sans but lucratif (associations not for profit), formées dans un but commercial, artistique, religieux ou charitable. — V. cependant les particularités de leur réglementation dans Barrault, *Le droit d'association en Angleterre*, p. 146. — Il ne faut pas non plus oublier qu'à côté des Companies enregistrées, il existe des Companies incorporées en vertu d'un Act particulier du Parlement ou d'un décret royal.

de la société, pour irrégularité commise dans sa formation, devient irrecevable. A l'incorporation, précédée d'une vérification par le Registrar de l'accomplissement des formalités légales (1), un pouvoir constitutif absolu est attaché ; tout vice de forme se trouve par elle effacé, et la Company, de ce fait, doit être considérée comme régulièrement arrivée au terme de sa fondation.

Il n'est pas permis d'en dire autant de la société *publique*, envisagée à ce même moment. Sans doute elle existe déjà en qualité de personne morale, distincte des souscripteurs du Memorandum et des futurs actionnaires, mais il reste aux fondateurs et administrateurs à recruter le capital nécessaire à la réussite de l'entreprise, par l'émission d'un prospectus invitant le public à souscrire les actions nouvelles. Or, et c'est là une réforme importante réalisée par l'Act de 1900, la société ne peut fonctionner, non plus que contracter des emprunts, tant qu'elle n'est pas assurée de l'entière souscription de son capital social et du versement d'un vingtième au minimum sur chaque action, dans le silence des statuts, ou, du moins, lorsque ceux-ci en disposent autrement, de la souscription d'une certaine fraction de ce capital. La loi frappe d'une amende, n'excédant point 50 livres par jour de retard, les administrateurs ou autres agents, en contravention avec ses dispositions. Quand donc

(1) L'article 17, alinéa 2, de l'Act de 1908 décide que, lors du dépôt des statuts et du Memorandum, une déclaration solennelle (statutory declaration) doit être faite par un solicitor près la Cour suprême ou une personne désignée dans les statuts, comme administrateur ou secrétaire de la société, attestant qu'il a été satisfait aux prescriptions de la loi sur les sociétés. Mais il est admis que cette déclaration ne prive pas le registrar du droit de procéder à une enquête personnelle, s'il conserve des doutes sur son exactitude.

il aura été satisfait à cette formalité, que l'un des administrateurs ou le secrétaire de la société en aura certifié au Registrar l'accomplissement par une déclaration solennelle, et que ce dernier, après en avoir vérifié la sincérité, en aura donné acte par la remise *d'un second certificat*, la Company, à cette époque seulement, sera autorisée à entreprendre les opérations sociales (1).

Faut-il conclure aussi qu'elle a franchi la phase constitutive ? C'est notre opinion. Certes il ne faut pas oublier que dans le délai d'un mois au moins, et de trois mois au plus, une assemblée générale statutaire (2) (*statutory meeting*) doit être convoquée à l'effet d'approuver la désignation des administrateurs, s'ils ont été désignés dans les statuts, et de ratifier leurs précédents agissements ; mais cette formalité ne nous paraît pas présenter une importance aussi grande que celle qu'on veut bien lui attribuer. Avant même la réunion de l'assemblée, la société est créée depuis plusieurs mois ; elle a pu valablement fonctionner, et la loi (art. 65, al. 8, de l'Act de 1908) le reconnaît, en décidant qu'à défaut de convocation de l'assemblée statutaire dans les délais légaux, et quinze jours après le dernier jour où l'assemblée aurait dû être tenue, tout *actionnaire peut* demander à la Cour la *liquidation* de la société. De ce texte il ressort en premier lieu, que la Cour jouit d'un pouvoir souverain

(1) C'est aussi à dater de ce moment, que sont validés les contrats passés antérieurement en son nom et sous la condition suspensive de sa constitution.

(2) Article 12 de l'Act de 1900, et article 65 de l'Act de 1908. L'Act de 1900 a imposé aux administrateurs l'obligation d'adresser à chaque actionnaire, sept jours au minimum avant la réunion, un rapport détaillé sur la situation actuelle de la société, ce qui lui permet de prendre part aux délibérations, en toute connaissance de cause.

d'appréciation et que, d'après les circonstances, elle ordonnera ou bien l'accomplissement de la prescription omise, ou bien la liquidation de la société ; qu'en outre, au cas où elle adopte le second parti, elle prononce, non pas la nullité, sanction attachée à l'observation des seules règles constitutives, mais la *liquidation* de la Company sur les bases du pacte social. La loi ne considère-t-elle pas ainsi que la société régulièrement formée doit être maintenue dans le passé et qu'elle demeure seulement soumise à une dissolution anticipée, dans des conditions que l'on pourrait, sans forcer les analogies, rapprocher des circonstances prévues à l'article 1871 du Code civil français ?

Jusqu'à présent nous n'avons fait encore que circonscrire le champ de nos recherches ; définir la période de constitution des personnes morales, marquer les limites, entre lesquelles elle se place. Ainsi l'architecte, lorsqu'il dresse le plan d'une maison, commence par fixer les dimensions de celle-ci, avant de passer à l'étude de son aménagement intérieur.

Nous sommes désormais en mesure d'entreprendre une tâche plus ardue : l'analyse des rapports juridiques, auxquels donne naissance la marche des opérations constitutives de l'être moral.

TITRE II

DES RAPPORTS DE DROIT QUI S'ÉTABLISSENT ENTRE LES DIVERS INTÉRESSÉS PENDANT LA PÉRIODE CONSTITUTIVE DES PERSONNES MORALES

Que la formation d'une association ou d'une société par actions provoque l'apparition de rapports juridiques entre les différentes personnes appelées à y participer, cela n'est point pour surprendre. La personnalité juridique, dont bénéficient ces collectivités leur vie durant, si on ne l'envisage pas comme une fiction légale, doit avoir son fondement dans une organisation rationnelle, appropriée à leur destination, qui leur confère une individualité distincte de l'individualité de leurs membres. Mais cette organisation, de qui sera-t-elle l'œuvre ? Sinon de ces membres ou futurs membres eux-mêmes, l'autorité publique n'intervenant que pour imposer les règles (1), selon lesquelles leur activité créatrice doit s'exercer, le moule dans lequel le nouvel organisme doit être coulé.

Supposons que plusieurs personnes prennent l'initiative de l'opération et s'entendent pour établir les bases de l'entreprise collective — à celles-là on réservera le titre de fondateurs (2) —, il leur faudra, en exécution de

(1) C'est le système de la réglementation légale, qui tend à se substituer dans presque toutes les législations au système de l'autorisation préalable, en matière de création de personnes morales.

(2) En italien : *promotori*, ou *fondatori*. Selon Vivante, le terme

l'accord intervenu entre elles, s'efforcer de recruter une quantité suffisante d'adhérents, disposés à souscrire aux conditions fixées par les statuts ou la loi, qui apportent les capitaux nécessaires à la mise en train et au fonctionnement de l'institution. De ce fait, deux catégories de rapports vont naître qu'il conviendra d'étudier séparément : rapports des fondateurs entre eux, rapports des fondateurs avec chacun des souscripteurs ou futurs associés. Au reste, ce ne sont là encore que des relations d'individus à individus et, pour avoir une vue d'ensemble des multiples liens juridiques, qui se créent entre les divers intéressés pendant la période constitutive de l'être moral, il convient de faire une place à part à la catégorie des rapports de chaque associé avec la masse, la collectivité de ces coassociés, rapports d'autant plus remarquables qu'ils sont proprement, non pas individuels, mais *sociaux*, qu'ils définissent la situation de cet associé, non pas vis-à-vis d'un tiers quelconque étranger au groupement, mais vis-à-vis du groupement lui-même, de l'organisme dont il est une partie intégrante — nous allions dire une cellule, si la métaphore n'avait été acceptée par quelques-uns comme une réalité (1) — d'autant plus importants que sur eux repose en définitive la marche de

fondatori doit être réservé « à ceux qui concourent à la constitution de la société, en souscrivant les actions (art. 128), tandis que les *promotori* sont surtout ceux qui s'occupent des démarches nécessaires à la constitution de la société, sans souscrire aucune action ». Mais on peut être à la fois l'un et l'autre. Cette distinction présente de l'intérêt quant à l'application de l'article 127 du Code de commerce, dont le but est d'empêcher les promoteurs de se faire allouer une rétribution pour les services qu'ils ont rendus pendant la période constitutive. Sraffa, *Riv. de dir. comm.*, 1906, I, p. 274.

(1) Cf. Worms, *Organisme et société.*

la société et de l'association (1), une fois arrivées à leur complet développement.

Mais la naissance de la *fondation* personne morale sera-t-elle précédée aussi de rapports du même ordre entre les différentes parties en présence : fondateur, Etat, groupe des bénéficiaires ? Il est permis d'en douter. L'acte de fondation, selon-nous, ne peut être que l'œuvre d'une seule personne : le fondateur. C'est un acte *sui generis*, une déclaration unilatérale de volonté, par laquelle l'auteur affirme son intention de créer un nouvel être juridique, de l'organiser et de lui affecter une certaine masse de biens. Sans doute, en droit français, le caractère original d'une semblable déclaration n'a pas encore été consacré par la loi, et actuellement celui qui veut fonder ne peut manifester sa volonté que dans les

(1) Il n'est pas inutile de remarquer que la fondation d'une association est réalisée, en général, selon le même processus que la fondation d'une société par actions, et cela surtout lorsqu'il s'agit, comme nous le supposons, d'associations (association proprement dite, syndicat professionnel ou société de secours mutuels) qui, à un titre quelconque, par la déclaration de leurs administrateurs, ou le décret les reconnaissant d'utilité publique, ont acquis la personnalité juridique. Si l'association en effet a jugé préférable d'adopter un régime de personnification, ce sera le plus souvent, à n'en pas douter, parce qu'à raison de son organisation interne, du nombre peut-être considérable des associés, elle n'aurait pu vivre et prospérer sous un autre régime. L'association fonctionne alors sur le modèle d'une société par actions, à l'aide des mêmes organes (administrateurs, assemblées générales), et par suite, il ne faut pas s'étonner de retrouver à son origine, les mêmes rapports que nous distinguons à l'origine de cette société. Nous nous efforcerons donc, dans les développements qui vont suivre, de ne point abandonner la méthode synthétique, qui est la nôtre et de rapprocher, dans la mesure du possible, deux institutions, que nous croyons assises sur les mêmes bases (cf. *infra*, chap. III), sans méconnaître néanmoins les différences dans la réglementation de leur constitution qu'engendre la différence de leur but.

formes d'une donation entre vifs ou d'un testament, cadres étroits qui certes obscurcissent, mais ne doivent pas cependant faire oublier la véritable nature de l'acte de fondation. On peut présumer que tôt ou tard notre législation, à l'instar des législations allemande et suisse, saura la reconnaître (1) et dissiper toute équivoque sur le caractère de l'intervention de l'Etat dans l'établissement de la fondation. Car ce qu'il importe, au plus haut point, de considérer, c'est que cette intervention ne pourra jamais se justifier par des principes de pure technique juridique. L'acte de fondation, il convient de le répéter, peut être un acte à titre gratuit, mais c'est avant tout un acte unilatéral, doué d'une vertu créatrice qui lui est propre ; et croire que l'Etat joue, par rapport au fondateur, le rôle de partie contractante, serait commettre une grave erreur.

La doctrine ne l'a pourtant pas toujours évitée. Gierke (2) a jadis soutenu que l'approbation de l'autorité publique présente le caractère d'une acceptation de contrat et développé ainsi sa pensée : par l'acte de fondation, le fondateur ferait une offre et, lorsque l'Etat l'accepterait, se trouverait avoir contracté une obligation au profit des bénéficiaires de la fondation ; en d'autres termes il y aurait, selon Gierke, donation avec charges, contrat en faveur de tiers indéterminés (3). Jusqu'à

(1) Cf. dans le rapport préliminaire de M. Saleilles à la Société d'études législatives sur le projet relatif aux fondations, le commentaire du paragraphe 6 de l'article 1er du projet (*Bulletin*, 1908, p. 382 et 383). — *Adde* : Saleilles, *Revue de droit public*, t. XVI, p. 219 et suiv.

(2) *Deutsches Privatrecht*, § 78, p. 262, et *die Genossenschaftstheorie*, p. 12 et suiv.

(3) Gierke, dans Bekker und Fischer, *Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung*, etc., 18 Heft 1889, p. 45 et suiv.

ce qu'intervienne l'autorisation des pouvoirs publics l'auteur serait toujours libre de retirer sa promesse ; à dater de ce moment, au contraire, celle-ci deviendrait irrévocable. Mais qu'on analyse l'opération en une stipulation pour autrui, ou mieux en une donation pure et simple (1) que l'Etat accepterait au nom et en qualité de représentant des bénéficiaires de la fondation, dans l'une et l'autre hypothèse, on aboutit à faire de la fondation un acte bilatéral, supposant l'existence de deux volontés concordantes, conception éminemment fausse et dangereuse.

Fausse, parce que la manifestation de volonté du fondateur est obligatoire par elle-même, sans qu'il soit besoin qu'une autre partie à l'acte vienne la ratifier, d'autant que le concours de cette dernière ne fournirait pas une explication plus satisfaisante de ce phénomène particulier : l'apparition d'un organisme juridique. On objecte, il est vrai, que même sous l'empire d'une législation comme le Code civil allemand qui, tout en reconnaissant à la déclaration du fondateur une valeur créatrice certaine, a maintenu la nécessité d'une autorisation gouvernementale (art. 80, B. G. B.), l'auteur de l'institution nouvelle peut encore l'anéantir (2) jusqu'à ce

(1) Il faut observer qu'au cas de stipulation pour autrui, l'accord conclu entre le promettant et le stipulant n'enlève pas à ceux-ci le droit de révoquer le droit conféré au tiers bénéficiaire, tant que ce dernier n'a pas déclaré vouloir en profiter. Or si l'on explique par ce procédé la fondation, on est obligé de reconnaître qu'ici au contraire, dès qu'intervient la prétendue acceptation de l'Etat, le fondateur (et chose extraordinaire encore, le droit de révocation appartiendrait ici au promettant et non au stipulant) ne peut plus revenir sur sa décision.

(2) Pourvu que la fondation soit réalisée par donation entre vifs ; car les héritiers du fondateur ne jouissent d'aucun droit de révocation, et sont toujours obligés d'exécuter les volontés du défunt.

que survienne cette approbation (art. 81) ; mais un pareil droit de révocation n'enlève rien à la force obligatoire de la déclaration primitive, qui ne sortira pas ses effets tant que la procédure n'aura pas avancé et que la personne morale n'aura pas franchi définitivement le seuil de la phase constitutive.

Conception *dangereuse* aussi, parce qu'elle tend à accréditer cette idée que l'intervention de l'Etat doit être considérée comme un élément essentiel à l'existence de la fondation, exigé par les principes mêmes du droit, tandis qu'au contraire nous savons qu'elle n'est nullement indispensable, qu'elle ne se comprend qu'en vertu des attributions de police et de surveillance générale de l'Etat, au point que certaines législations récentes (1), ou certains projets (2) en voie d'élaboration ont cru pouvoir lui substituer une simple mesure de publicité (déclaration à l'autorité compétente ou inscription à un registre).

Nous n'insisterons pas davantage sur une théorie qui méconnaît la nature propre de l'acte de fondation, en lui donnant une forme contractuelle, et nous conclurons que si la naissance d'une fondation personne morale est précédée d'une période préparatoire, en revanche elle ne donne lieu à l'établissement d'aucun lien juridique entre les intéressés de catégories différentes, parce que la fondation est le fait d'un seul.

En trois principaux chapitres, nous étudierons successivement les rapports :

I. — Entre fondateurs.

II. — Entre fondateurs et souscripteurs.

III. — Entre souscripteurs.

(1) Comp. les législations suisse et anglaise.

(2) Comp. le projet adopté par la Société d'études législatives (*Bulletin*, 1909, p. 9).

CHAPITRE PREMIER

DES RAPPORTS EXISTANT ENTRE FONDATEURS.

Nous avons vu la fondation créée et organisée grâce à l'initiative d'un seul individu. Il faut reconnaître qu'en matière de société par actions et d'association, la constitution et l'organisation de ces groupements seront rarement dues à l'activité d'un fondateur unique. En général, plusieurs personnes s'entendent pour rédiger et signer les statuts de la nouvelle institution et les faire agréer par un nombre suffisant de souscripteurs, membres de la corporation future. C'est de cet accord initial et de la communauté d'intérêts qui en résulte entre fondateurs que nous devons d'abord nous occuper. Mais pour être mieux à même d'en déterminer la nature et les effets, il n'est pas inutile de rappeler brièvement la signification du mot : fondateur.

I. — Par ce qualificatif, on désigne toute personne, ayant pris l'initiative de la constitution du groupement, participé à l'établissement de la charte qui doit le régir, accompli les démarches nécessaires à l'installation du siège social, provoqué les adhésions de nouveaux membres etc., en d'autres termes,ayant représenté la corporation, durant le stade de sa formation.

C'est là une définition générale, un peu vague, qui tend à englober toutes les circonstances de fait desquelles

il pourra résulter que tels associés, par leur attitude dans la période préparatoire, ont mérité le titre de fondateurs, circonstances que les textes législatifs n'ont pas cru devoir préciser. Et cependant on ne peut dire que le législateur ait tout à fait ignoré cette catégorie d'individus, tandis qu'à maintes reprises, il leur a imposé l'obligation de procéder à l'accomplissement des formalités constitutives (1) et fait peser sur eux de lourdes responsabilités, tant civiles que pénales (2).

Dans le domaine des sociétés par actions surtout, les fondateurs jouent un rôle considérable, et les tribunaux, fréquemment appelés à prononcer contre eux les sanctions légales, se sont trouvés par là même, contraints à marquer les principaux traits qui les caractérisent. Sans analyser en détail les nombreuses décisions rendues sur cette question (3), il convient d'en résumer les conclusions. D'abord la jurisprudence n'a jamais pensé qu'une société dût être annulée, parce que l'un de ses fondateurs n'en aurait pas été actionnaire (4) ; d'après elle, la première qualité ne suppose pas nécessairement chez son titulaire la présence de la seconde, alors que la presque unani-

(1) Article 4 de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; article 4 de la loi du 1er avril 1898 sur les sociétés de secours mutuels ; article 5 de la loi du 1er juillet 1901 sur les associations ; articles 24 et 25 de la loi du 24 juillet 1867.

(2) Article 8, alinéas 1 et 2 de la loi de 1901, et article 42 de la loi de 1867-1893. — Cf. aussi, quoique ces textes ne visent pas expressément les fondateurs, l'article 9 de la loi de 1884, et les articles 13, 14 et 15 de la loi de 1867.

(3) Comp. Houpin, 4e édit., t. I, n° 466 ; Percerou, *Des fondateurs de sociétés anonymes*, p. 10 et suiv.

(4) Paris, 13 janvier 1882, *R. S.*, 1883, 89 ; Seine, 12 juillet 1888, *R. S.*, 1889 26 ; Hémard, *loc. cit*, p. 310.

mité de la doctrine professe l'opinion adverse (1). Par contre, les actionnaires apporteurs en nature doivent être le plus souvent traités comme des fondateurs (2). Sont considérés comme tels encore ceux qui rédigent et signent les statuts, invitent par des prospectus le public à souscrire, organisent la société et en prennent la direction pendant la période de formation (3). Enfin, depuis un arrêt du 10 janvier 1887 (4), d'ailleurs vivement critiqué par la doctrine (5), la Cour de cassation juge que l'associé, participant à la déclaration de souscription intégrale et de versement du quart, acquiert le titre de fondateur. La plupart des spécialistes protestent, au nom des principes, contre cette évolution jurisprudentielle, sauf à reconnaître qu'elle protège efficacement l'intérêt des actionnaires, en élargissant le cercle des personnes responsables de la constitution irrégulière de la société. Peut-être, à ce propos, serait-il désirable que la loi intervînt, non pas pour donner une définition du mot fondateur (6), qui, si complète fût-elle, laisserait toujours de côté les agissements malhonnêtes de certains financiers véreux, mais pour réprimer sévèrement tous les

(1) En sens contraire, Vavasseur, t. II, p. 60 — Comp. la législation italienne et les législations de l'Amérique du Nord ; Lehmann, *Recht der Aktieng.*, t. I, p. 318.

(2) Ils le sont dans tous les cas en Allemagne, ainsi que les actionnaires qui ont établi les statuts (art. 187, H. G. B.) et les ont signés. — Comp. la loi suédoise du 12 août 1910 (art. 5). *Ann. de législ. étrang.*, 1911, 410.

(3) Toulouse, 23 novembre 1883 (*R. S.*, 1884, p. 422).

(4) S. 87.1.134.

(5) Percerou, *loc. cit.*, p. 14 et suiv., et la note sous cet arrêt dans les *Annales de droit com.*, 1888, p. 177. — En ce sens : Paris, 28 mai 1869, D. 69.2.145 ; 27 décembre 1883, *Gaz. trib.*, 10 janvier 1884.

(6) Voyez cependant l'amendement déposé par M. Colin à l'article 11 du projet sur les sociétés par actions (Colin, *op. cit.*, p. 211).

actes, de nature à tromper la bonne foi des souscripteurs, sans avoir égard à la situation juridique de leurs auteurs (1).

On éviterait ainsi de réunir, sous une même dénomination, les véritables fondateurs qui ont voulu créer la société et leurs mandataires, auxquels ils ont confié la réalisation de l'entreprise, distinction qu'il y a lieu de faire aussi pour comprendre les différents rôles, joués par les *syndicats* et *consortiums de banquiers*, chargés du placement des actions d'une société nouvelle.

II. — La pratique montre en effet que, réduits à leurs propres forces, les fondateurs n'inspireraient pas aux capitalistes une confiance assez grande pour les décider à souscrire les titres à l'émission. Dans le but d'attirer l'épargne disponible, ils s'adressent à un ou plusieurs banquiers puissants, auxquels ils s'en remettent du soin d'écouler dans le public les actions nouvelles et non encore émises. Dans quelle situation la banque ou le syndicat émetteur va-t-il se trouver par rapport aux promoteurs de l'affaire ? Trois hypothèses peuvent se présenter. Tantôt, le syndicat d'émission achète en bloc les actions émises par une société formée entre les seuls fondateurs, ou entre les fondateurs et le seul banquier directeur du syndicat, pour les revendre avec prime, s'engageant ainsi à garder toutes celles dont le public ne voudrait pas ; et dans ce cas il devient *un syndicat de garantie*. Tantôt, il se constitue pour répartir entre ses membres l'universalité des actions d'une société qu'il se propose de créer, quitte à les mettre plus tard

(1) Cellérier, *Etude sur les sociétés anonymes*, n° 199.

en circulation dans des conditions aussi avantageuses pour lui que possible (1). Tantôt enfin il se contente d'ouvrir les guichets des banques et établissements de crédit, qui en font partie, aux souscripteurs des titres de la société en voie de formation, faisant ainsi, moyennant un droit de commission (2), office de courtier ou de simple intermédiaire entre les fondateurs et la masse des capitalistes (3).

Dansla première hypothèse, il est évident que le syndicat, acheteur et vendeur, de titres, n'a pas participé à la création de la société et par suite qu'il ne saurait être compté parmi ses fondateurs. Dans la troisième il n'a été, selon nous, que le mandataire de ces derniers, qui seront responsables de ses manœuvres déloyales, dans la mesure où le mandant est tenu envers les tiers du dol du mandataire (4), tandis qu'à l'inverse leurs agissements frauduleux ne pourront engager la responsabilité du syndicat (5), lorsque d'ailleurs il y sera resté étranger.

(1) C'est le cas de constitution simultanée d'une société entre les seuls fondateurs.

(2) Ce droit de commission est-il une dépense de constitution, susceptible d'être prélevée sur le montant versé du capital souscrit, et l'assemblée générale doit-elle la ratifier? — Cf. Houpin, n° 466.

(3) Sur les différents types de syndicats, cf. Chasseriau, *loc. cit.*, p. 11 et suiv. ; Pic, note au D. 1896.2.481 ; Sydow, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XIX, p. 428 et suiv. ; Vivante, *loc. cit.*, t. II, p. 214 et suiv. ; Thaller, *Annales de droit com.*, 1911, p. 9. — C'est aux juges à décider, d'après les circonstances de chaque espèce, auquel de ces types il convient de rattacher le syndicat d'émission. *A priori*, l'on doit présumer que les banquiers n'ont entendu servir que d'entremetteurs. — Cf. Pic, *loc. cit.*, et la jurisprudence qu'il cite.

(4) En ce sens : Aubry et Rau, t. IV, § 343 *bis*, texte et note 28, et la jurisprudence : Cass., 4 décembre 1889, D. 1900.1.14.

(5) Cette solution ne peut être admise sans entraîner de sérieux in-

Mais de quelle manière caractériser la situation du syndicat dans la seconde hypothèse que nous avons envisagée, celle de la souscription et de la répartition des titres de la société entre les banquiers réunis en un consortium d'émission ? Faudra-t-il, par ce fait seul, les considérer comme fondateurs, leur appliquer les dispositions de l'article 42 de loi de 1867, étudier enfin, toujours de ce point de vue, le lien qui les unit ? Ce serait s'en tenir à une vue superficielle des choses. Aussi bien en général le consortium demeure-t-il inconnu des tiers, se cache-t-il sous la forme d'une association en participation (1), société occulte par définition. Le banquier qui le dirige a seul souscrit le stock entier des actions, ou bien il a eu la prudence, pour ne pas avoir à supporter tout

convénients pratiques au cas fort possible où il aura été commis quelqu'irrégularité dans la constitution de la société (omission de la déclaration notariée, etc.). Alors les souscripteurs ne pourront actionner en dommages et intérêts, sur le fondement de l'article 42 de la loi de 1867, les banquiers ou membres du syndicat, gens honorables et surtout solvables ; ils en seront réduits à un recours parfois bien illusoire contre les véritables fondateurs, incapables la plupart du temps de les dédommager. — Cf. Cass., 27 mai 1889, *R. S.*, 1889, p. 469 ; Tchernoff, *Sociétés par actions, Délits et sanctions pénales*, n° 168 ; Thaller, *loc. cit.*, p. 9 ; C. Paris, 12 décembre 1893, D. 96.2.481 et la note de M. Pic (en l'espèce, il s'agissait d'une émission d'obligations, à laquelle le syndicat de banquiers n'avait collaboré qu'à titre de simple *intermédiaire* entre la société emprunteur et les prêteurs). Au surplus, M. Thaller pense que, réduits à ce rôle modeste, les banquiers émetteurs, auxquels les fondateurs auraient confié le placement des titres, ne se concerteront point ensemble et ne formeront point entre eux de syndicat (Thaller, *Annales*, 1911, p. 10).

(1) Chasseriau, *loc. cit.*, p. 53 et suiv. Adde : de Pelsmacker, *Associations en particip. et syndicats financiers*, 1904, p. 53 et suiv. ; Navarrini, dans la *Riv. di dir. comm.*, 1906, t. II, p. 97 et suiv. ; Vivante, dans la *Riv. di dir. com.*, 1904, I, p. 265. — En sens contraire : Sydow, *loc. cit.*, p. 440 et suiv.

le fardeau des responsabilités, de réserver quelques actions aux commerçants et industriels, les promoteurs de l'affaire, qui ont sollicité son intervention et procédé à l'accomplissement des formalités constitutives ; c'est lui, ce sont eux les fondateurs, et non les autres banquiers ou syndicats, avec lesquels il convient de partager les bénéfices et les pertes de l'émission, simples participants inactifs à l'opération, de qui parfois il n'exige même pas un versement sur le montant des actions représentant leur quote-part dans la participation. Quels seraient donc ces prétendus fondateurs, dont le public ignorerait jusqu'à l'existence, qui n'auraient concouru ni à la rédaction des statuts, ni à l'organisation du corps social ? En réalité, ces individus jouent le rôle d'émetteurs de titres, et celui-là seulement, leur responsabilité ne saurait être engagée en dehors des limites prévues à l'article 15 de la loi du 24 juillet 1867.

SECTION I. — De la nature des rapports existant entre fondateurs.

Généralement, la formation de la corporation est l'œuvre de plusieurs personnes (1), la mise à exécution d'une entente intervenue entre elles. Chacun des fondateurs a contracté vis-à-vis des autres l'obligation de déployer en ce sens son activité, de collaborer dans la mesure de ses moyens à l'entreprise commune. Un rapport

(1) En droit *allemand*, les statuts d'une société par actions doivent être dressés par 5 personnes au moins (art 182, H. G. B.) ; le nombre minimum des fondateurs est également de 5 en *Suède* (art. 4 de la loi du 12 août 1910), de 10 en *Serbie*. En *Angleterre*, depuis l'Act de 1907, il n'est plus nécessaire que le mémorandum soit signé par 7 fondateurs.

contractuel a pris naissance, dont il faut maintenant rechercher la nature.

I. — A l'origine de l'*association* personne morale, nous apercevons le cercle réduit des promoteurs qui, après avoir discuté l'opportunité de sa création, posé les bases de la charte en déterminant le but et le fonctionnement, s'efforcent de grouper autour d'eux une quantité suffisante d'autres associés (1) pour qu'il soit donné suite à leur projet. Que leur initiative soit couronnée de succès, que les adhésions arrivent en masse et que l'association se constitue définitivement, alors la question perd tout intérêt pratique de savoir quels rapports ont pu, dès le début, s'établir entre les associés, rédacteurs des statuts. L'association des fondateurs, si association il y a eu, s'est fondue dans le groupement plus vaste qu'elle avait pour mission de créer, ou plutôt elle a fait tache d'huile, elle est allée s'élargissant peu à peu, pour donner naissance à ce groupement. On ne conçoit guère qu'à l'apparition de la corporation personne morale, une communauté survive entre les seuls fondateurs qu'il y ait lieu de liquider, car en supposant même que, pendant la période constitutive, des dettes aient été contractées pour faciliter la formation de l'association (impression de circulaires, de bulletins d'adhésion), cette dernière ne manquera pas, une fois debout, de les prendre à sa charge par un vote approbatif de son assemblée générale.

Mais qu'au contraire, l'entreprise des fondateurs vienne à échouer, que celle-ci ne reçoive pas du public l'accueil

(1) Les statuts fixeront parfois un nombre minimum ; dans le silence de ces derniers, les fondateurs jugeront eux-mêmes, si, par la quantité des adhésions obtenues, leur projet mérite d'être réalisé.

qu'ils en attendaient, il va falloir abandonner le projet et procéder à la dissolution et à la liquidation de la communauté existant entre eux(1),et ici se pose le problème, que nous écartions précédemment, de la nature de cette communauté. La solution n'en est pas douteuse. Les associés fondateurs ont uni leurs efforts pour créer et organiser une association nouvelle, mais il est permis d'affirmer qu'ils ont agi sans espoir d'en retirer un gain personnel (2); autrement dit leur union passagère ne peut constituer qu'une association. Encore faut-il remarquer que cette association ne sera pour ainsi dire jamais connue des tiers, parce que ses membres auront négligé de remplir la seule forme de publicité que la loi reconnaisse en cette matière : la déclaration. Mais il y a mieux, on peut se demander jusqu'à quel point l'existence d'une pareille association a été voulue par les fondateurs ; car le plus souvent, un acte écrit ou même un accord purement verbal fait défaut ; le lien juridique qui les unit n'a pas d'autre source que leur activité déployée en commun dans le but d'aboutir à la constitution de la corporation. En l'absence de toute manifestation de volonté, une association s'est établie de fait, à laquelle s'appliquera la disposition de l'article 2 de la loi du 1er juillet 1901.

(1) Et non pas dissolution et liquidation de la corporation, puisque celle-ci n'a pas franchi le seuil de la phase préparatoire et par hypothèse n'a pas encore fonctionné, de sorte que les associés non fondateurs ne devraient pas contribuer au paiement des dépenses engagées

(2) Nous entendons par là un profit pécuniaire résultant du seul fait de la participation à la fondation, car par ailleurs, membres de l'association qu'ils ont créée, ils jouissent, au même titre que les autres associés non fondateurs, des avantages d'ordre moral ou économique que celle-ci procure à tous.

II. — Sous un aspect semblable se présentent aussi les groupements de fondateurs qui précèdent la constitution régulière de la société par actions, groupements issus de la participation de quelques individus à une entreprise commune, sans que d'ailleurs ceux ci se soient au préalable entendus sur la forme à reconnaître à la communauté d'intérêts créée entre eux ; il appartiendra, dans chaque cas, à l'interprète d'en déterminer la nature.

En pratique, l'hypothèse d'une association sans but lucratif des fondateurs doit être ici écartée. A la rigueur certes on peut imaginer chez ces derniers un désintéressement tel qu'ils ne songent point à tirer un profit pécuniaire de la constitution de la société (1) ; en fait cependant, les choses se passent autrement. Les promoteurs de l'affaire ont grand soin de se faire consentir, pour prix de leurs services, soit un droit de commission sur le placement des titres, soit aussi certains avantages particuliers (prélèvements sur les bénéfices annuels de la société par actions) (2).

(1) Il faut remarquer, et toujours à cause de la distinction à établir entre l'association des fondateurs et la société par actions, que si les fondateurs, actionnaires en même temps de la société anonyme, touchent à ce titre une partie des dividendes que distribue celle-ci, ils ont pu, aussi, sous le nom de parts bénéficiaires, se réserver un prélèvement particulier sur les bénéfices annuels. Ce prélèvement à opérer dans la société nouvelle constitue en réalité les bénéfices à partager que les fondateurs recueillent de leur société primitive. Au reste, par là nous n'entendons pas reprendre une théorie jadis soutenue par M. Thaller (*Revue critique*, 1881, p. 534), d'après laquelle les parts sociales dans la société des fondateurs deviennent des parts dans la société anonyme nouvelle.

(2) Cependant, lorsque les fondateurs obtiennent une concession portant sur l'exploitation d'un *chemin de fer d'intérêt général* et qu'ils

Mais pour préciser davantage les caractères de la société des fondateurs, il n'est point inutile de rechercher dans quelles conditions elle se crée le plus souvent. Plusieurs commerçants s'unissent pour exploiter ensemble un fonds de commerce, plusieurs industriels, pour ouvrir une usine ; les uns ou les autres, voyant par la suite leur entreprise prospérer, décident, dans le but d'en augmenter encore l'importance, de faire appel à l'épargne publique et de fonder une société par actions. Parfois ce sont des propriétaires fonciers,qui mettent en commun leurs terrains, avancent les sommes destinées à couvrir les frais des travaux de prospection, puis,quand ils ont obtenu de l'autorité publique une concession, ont recours aux syndicats de financiers, pour transformer leur société privée en société anonyme (1). Les exemples sont

la rétrocèdent à une société anonyme en formation, ils ont le droit de réclamer le remboursement de leurs avances, mais ils ne peuvent exiger la délivrance d'actions d'apport, ni se faire consentir d'avantages particuliers (art. 11 de la loi du 15 juillet 1845). La loi considère ces concessions comme trop importantes pour permettre aux fondateurs de spéculer sur elles. Mais cette disposition doit-elle être étendue à toute concession administrative de travaux publics ? M. Boisvieux ne le pense pas (De l'attribution d'avantages en représentation de l'apport d'une concession de travaux publics, *J. des soc.*, 1913, p. 6).

(1) A vrai dire, on voit souvent aussi les financiers, en quête de quelques bénéfices sérieux à réaliser sur une émission de titres, faire des propositions de transformation à une entreprise privée, dont ils savent que, dans les circonstances présentes, les actions seront particulièrement bien accueillies par le public, et intéresser les propriétaires actuels à l'opération en les engageant à majorer leurs apports en nature dans la nouvelle société ; cf. sur les abus auxquels donnent lieu ces marchés : Sayous, *Les banques de dépôt, les banques de crédit et les sociétés financières*, p. 163 et suiv. — La *transformation* de la société des fondateurs s'opère dans ce cas par la *création d'une société nouvelle* ; cf. Wahl, Transformation des sociétés, *J. des soc.*, 1910,

nombreux de ces sociétés d'études, régulières ou seulement créées de fait, qui ont pour objet l'examen d'une invention destinée à révolutionner telle industrie et la délivrance d'un brevet, ou bien la recherche de débouchés commerciaux, etc. C'est à leurs membres que l'on doit la fondation de la société par actions nouvelle (1).

Quant à leur nature, ces sociétés peuvent revêtir des formes diverses. Rarement il sera possible de les considérer comme de simples *associations en participation*, que les participants l'aient ou non voulu par un accord verbal ou écrit. Sans doute, par certains côtés, le cercle des fondateurs présente les principaux caractères de pareilles associations : comme elles, il ne nécessite pas en principe la constitution d'un fonds social (2) ; comme

p. 99-100 ; Lacour, *J. des soc.*, 1913, p. 154. Il en résulte plusieurs conséquences ; nous indiquerons les principales : *a*) les nullités, qui entachaient la société ancienne, ne peuvent plus atteindre la société nouvelle (Hémard, *loc. cit.*, n° 192 ; Lacour, *J. des soc.*, 1913, p. 112) ; *b*) il y a lieu à l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires à la création d'une société, et non pas des seules formalités, qui suffiraient à réaliser une transformation pure et simple ; *c*) la société des fondateurs, n'ayant plus d'existence extérieure, ne peut fonctionner pendant la période constitutive de la société par actions ; quant à celle-ci, la loi lui interdit, sous peine de nullité, de commencer ses opérations avant sa formation définitive.

(1) Sur les intérêts de la question au point de vue de la loi fiscale, cf. Lacour, au *J. des soc.*, 1913, p.97.— M. Thaller (*Droit com.*, p.283) distingue l'*association des fondateurs*, de la *société d'études* qui la précède. C'est une distinction qu'il y aura lieu parfois de faire. Cependant les deux sociétés n'en font le plus souvent qu'une seule, ou plutôt c'est la même société qui continue à fonctionner sous un nom différent. — Comp. Rycx, *Comment se fonde et s'administre la société anonyme*, Bruxelles, 1908, p. 14 et suiv.

(2) Il n'y a pas en effet de fonds commun dans la société des fondateurs, à moins que ces derniers ne soient en même temps des appor-

elles, il s'est formé en vue de l'accomplissement d'un acte déterminé, et son rôle est épuisé lorsque le résultat visé est atteint ou lorsqu'il est manifeste qu'il ne le sera jamais. Mais, il est préférable de s'en rapporter, pour fixer la nature de ces sociétés (1), à l'attitude que dans chaque cas les fondateurs auront prise à l'égard des tiers pendant la phase préparatoire. Exception faite de celui qui a reçu mandat d'organiser la société, les autres sont-ils demeurés dans l'ombre, inactifs ? Alors on pourra vraiment parler d'association occulte, en participation. Sont-ils au contraire intervenus de façon effective, à quelque moment, durant la période de constitution, sans se contenter de signer les statuts, le prospectus d'émission ou la déclaration notariée des souscriptions et des versements? Ont-ils par exemple contracté ensemble au nom de la société future ? Par ces actes, ils auront révélé aux tiers l'existence entre eux d'un lien social, sur le fondement duquel ces derniers seront receva-

teurs en nature dans la société par actions et que l'on puisse considérer leur promesse d'apport à celle-ci, comme un apport dans celle-là (Goiffon, thèse précitée, p. 28). Parfois aussi chaque fondateur peut avoir versé une certaine somme, destinée à couvrir les dépenses de la société d'études et les frais des expériences, travaux de sondage ou autres, qu'elle a pu entreprendre. Mais il ne faut pas oublier que dans l'association en participation, on rencontre quelquefois des apports. — Cf. Rycx, *op. cit.*, p. 16.

(1) M. Thaller (*Dr. com.*, 4e édit., p. 283) renonce à les ranger dans l'une des catégories courantes de sociétés, et en fait « des associations civiles *sui generis* », sous prétexte qu'elles n'ont pas pour objet directement de partager des bénéfices. Assurément, mais il n'en est pas moins vrai qu'elles en recueilleront par la suite. Mieux vaut dire, que hormis le cas très rare, où les fondateurs agissent dans un but absolument désintéressé, ils ne bénéficient d'avantages particuliers que sous la double condition de formation de la société et d'approbation de ces avantages par les assemblées constitutives.

bles à demander à la société, et non plus au seul gérant, le paiement des dettes contractées ou la réparation du dommage causé.

Reste à savoir si cette société offre un caractère civil ou commercial, cela dépend des circonstances de sa formation. Tout d'abord ne peut être que civile la société, née entre les fondateurs par suite de leur collaboration à la constitution de la société anonyme, cette opération ne rentrant pas dans l'énumération légale des actes de commerce. On ne saurait objecter qu'elle spécule sur les promesses d'apports en nature ou en numéraire des souscripteurs, si, — nous le verrons plus tard —, ces promesses doivent être considérées comme adressées directement à la société par actions en voie de formation, sans qu'il soit besoin d'une interposition juridique des promoteurs.

Cependant, il n'en sera pas toujours ainsi de la société des fondateurs, lorsque précisément elle ne fera qu'une avec la société d'études, précédant la naissance de la société par actions, ou avec une société privée ayant déjà fonctionné, dont les gérants cherchent à augmenter le capital par un appel à l'épargne publique. La société privée est-elle commerciale, elle conserve ce caractère tant qu'elle n'a pas fait place à la société nouvelle que ses membres ont décidé de fonder. Et il faut en dire autant de la société d'études créée uniquement pour obtenir une concession et la rétrocéder à l'entreprise par actions, soit sous la forme d'un apport, si elle désire faire partie de celle-ci, soit sous la forme d'une vente, si elle est destinée à y rester étrangère. Ici en effet on rencontre tous les éléments de l'acte de commerce, tels qu'ils sont énumérés dans l'article 632 du Code de commerce : l'acte à titre onéreux

(sauf dans les cas très rares où la concession est gratuite) l'intention de revendre (1) et le droit mobilier (2). Parce que commerciale, la société devra se soumettre aux formalités de publicité, elle sera susceptible d'être mise en faillite, enfin les actions dirigées contre elle ne pourront être introduites que devant la juridiction consulaire (3).

Du reste, sociétés privées ou sociétés d'études, sociétés civiles ou sociétés en nom collectif, ou encore associations en participation n'ont la plupart du temps qu'une existence irrégulière, parce qu'elles se créent sous la pression des faits, sans se conformer aux prescriptions de la loi et même, nous l'avons vu, en dehors d'une manifestation expresse de volonté de la part de leurs membres. Cela n'empêchera pas les tiers, lorsqu'ils en auront établi la réalité, de les traiter comme des sociétés régulières de l'une ou de l'autre des catégories précédentes, de telle sorte que les associés ne pourront se prévaloir du défaut d'observation des règles légales pour se soustraire à l'exécution des engagements sociaux, ou

(1) A la revente, il faut assimiler l'apport à une société nouvelle. — Comp.: Wahl, Caractère civil ou commercial des sociétés d'études, *J. des soc.*, 1906, p. 101.

(2) Sera commerciale, par exemple, la société d'études qui se propose de revendre à un tiers la concession commerciale qu'elle obtiendra (Cass., 8 novembre 1892, S. 93.1.32 ; C. Lyon, 29 mars 1905, *J. S.*, 1906, p. 110 ; Houpin, n° 74 ; en sens contraire : Trib. Saint-Etienne, 25 mars 1902, *J. S.*, 1903, p. 202), ou encore la société formée pour l'obtention de la concession d'un droit de péage, d'un droit de pesage ou d'un brevet d'invention, si la société n'exploite pas elle-même la concession et la repasse à un tiers. Au contraire, la société serait civile, si le droit concédé était immobilier (concession d'une mine).

(3) En sens contraire : Trib. St Etienne, 25 mars 1902, précité.

si la société de fait est de nature commerciale, à une responsabilité solidaire à leur égard (1).

SECTION II. — Des effets du contrat entre fondateurs et de sa dissolution.

I. — La création et l'organisation de la corporation-personne morale donne naissance à des rapports particuliers de nature contractuelle entre fondateurs ; il importe de préciser les devoirs et les droits, qui pour chacun de ceux-ci en dérivent.

En rédigeant ensemble les statuts de la nouvelle institution, les promoteurs s'obligent expressément ou tacitement, les uns envers les autres, à mener à bien l'œuvre de sa constitution. C'est là une des conséquences importantes de cette opération préliminaire. A partir de cet instant, une communauté d'intérêts s'est établie entre eux, communauté qui selon les circonstances se présente sous les apparences diverses d'une société ou d'une association, mais dont l'effet essentiel reste toujours le même, obligation imposée à chacun de collaborer à la fondation de l'institution. De cette obligation principale d'autres dérivent : obligation, si l'un des associés est appelé à faire des dépenses en vue de la formation de la corporation, de lui en rembourser une partie,— obligation de verser (2)

(1) Trib. com. Seine, 22 février 1900, *R. S.*, 1900, p. 298.

(2) L'inexécution d'une telle obligation sera sanctionnée par des dommages et intérêts que le contrevenant devra payer à ses coassociés. Trib. civ. Lyon, 29 avril 1893, *J. Soc.*, 1894, p. 31). — Comp. Vivante, t. III, p. 214 et les décisions qu'il cite ; Silbernagel, *loc. cit.*, p. 118 ; Lehmann, *Recht der aktieng.*, § 29 ; Gierke, *Genossenschaftsth.*, p. 129 ; Cosack, t. III, p. 148. — *Adde* : Leo Lemle, *Rechtliche Natur und Rechtserwerb der Aktieng. vor der Eintragung ins Handelsregister*, diss. Würzbourg, 1906.

sur le champ une certaine somme destinée à couvrir les frais de premier établissement, et s'il s'agit d'une société d'études, de mise en train de l'exploitation, quitte à les faire supporter plus tard par la société ou l'association, si on parvient à la créer, — obligation de donner son avis sur l'acceptation ou le refus de souscriptions émanées des signataires de bulletins d'adhésion, etc...

Il est à remarquer que l'association des fondateurs, généralement privée de la personnalité civile, ne possède pas non plus, faute de convention sur ce point, d'organisation interne, susceptible d'en faciliter le fonctionnement. Par suite, toutes les résolutions qu'elle prend doivent être adoptées par l'unanimité de ses membres, et le veto d'un seul suffit à mettre obstacle à l'attribution d'actions à tel ou tel souscripteur. En fait la pratique s'accommode mal de la nécessité d'une action simultanée et les choses se passent autrement : un seul des fondateurs reçoit de ses coassociés le mandat (1) de les obliger aux fins de constitution de la société ou de l'association.

Associés pour se partager les travaux et les dépenses de cette constitution, les fondateurs le sont également, pour s'en répartir les profits. Au surplus, si l'on n'aperçoit

(1) On admet ainsi qu'un fondateur peut faire seul la déclaration notariée, s'il en a reçu mandat des autres fondateurs ; ce mandat toutefois devra être donné dans la forme notariée. — Cf. *J. des soc.*, 1884, p. 38. — Quel rôle, en pareil cas, incombe au mandataire ? Doit-il se borner à répéter devant le notaire compétent cette double affirmation que le capital social est intégralement souscrit et le quart versé, ou bien vérifier lui-même comme représentant des fondateurs, et sans que ceux-ci aient au préalable procédé à cette vérification la réalité des souscriptions et des versements et l'affirmer sous sa propre responsabilité ? M. Percerou conclut à la possibilité de ce dernier mandat (V. note au D. 1911.2.25, sous Douai, 15 juillet 1910).

pas bien le gain qu'ils pourraient retirer de l'organisation d'une association sans but lucratif (1), par ailleurs il n'est pas rare de les voir s'attribuer, en rémunération des services qu'ils ont rendus aux souscripteurs d'actions, une quote-part des bénéfices de la société anonyme future (2). Lorsque celle-ci sera définitivement créée, ce prélèvement sera exercé en vertu de titres négociables, généralement au porteur, appelés les *parts bénéficiaires*, contre lesquels les fondateurs échangent les titres provisoires, délivrés en représentation de leurs parts sociales dans le syndicat de fondation. Mais qu'arrivera-t-il si, avant l'apparition de la société par actions, l'un d'eux cède ce titre provisoire (3) et qu'ensuite la société à l'état embryonnaire avorte ? Dans le silence des parties, la vente doit-elle être maintenue comme ayant porté sur des droits aléatoires, ou faut-il la déclarer inefficace, parce que la condition de formation de la société ne s'est pas réalisée, rétroactivement résolue de telle sorte que l'acheteur du titre soit dispensé d'en payer le prix au vendeur, ou s'il l'a déjà fait, qu'il soit en droit de lui en réclamer le remboursement ? La jurisprudence penche pour la dernière solution, qui paraît bien être aussi la plus juridi-

(1) Ils peuvent s'en réserver l'administration, à condition que l'assemblée générale ne s'y oppose pas. Mais c'est là un honneur, plutôt qu'un profit pécuniaire, les fonctions d'administrateur n'étant pas rétribuées dans ces associations.

(2) Cass. req., 4 janvier 1910, D. 1912.1.185.

(3) Cette cession consentie avant la constitution de la société ne peut être effectuée selon les uns, qui assimilent les parts bénéficiaires aux actions, que conformément à l'article 1690, C. civ. ; selon les autres, au contraire, qui les considèrent comme des parts sociales *sui generis* ou encore des droits de créance, la négociation elle-même en est valable.

que (1) (art. 1157 et 1602, C. civ.). A notre avis, ce qui dans l'intention des parties (réserve faite de leur volonté expresse) a dû faire l'objet de la cession, c'est moins une part dans la société actuelle des fondateurs qu'un titre permettant de toucher un supplément de bénéfices dans la société future, au cas seulement où celle-ci viendrait à se constituer et à une époque où celle-là aura disparu. Le vendeur ne perd pas sa qualité d'associé dans la société préparatoire et lorsque cette dernière échoue dans son entreprise, il contribue à l'acquittement des dettes sociales, c'est-à-dire des frais d'organisation dont elle a fait l'avance. Ses coassociés peuvent le contraindre au respect de ses engagements.

II.— Quelle que soit en effet la nature du contrat intervenu entre fondateurs, il faut admettre qu'aucun d'eux n'a le droit de se retirer à volonté (2), tandis que le groupement repose avant tout sur la considération de la personne de ses adhérents, de leur solvabilité. Quiconque ne voudra plus en faire partie devra obtenir une autori-

(1) Aix, 18 novembre 1884, S. 85.1.163 ; Req., 16 février 1887, S. 89.1.417. Ce dernier arrêt déclare bien fondée par suite de la non-constitution de la société anonyme, la demande en remboursement des sommes versées par le tiers cessionnaire de 50 parts de fondateurs. Mais, d'autre part, il décide que par interprétation de la convention le tiers « avait acquis des parts, non dans la société anonyme projetée et future, mais dans la société actuelle fonctionnant entre les fondateurs, qui avaient entrepris la formation de la société anonyme, qu'il était devenu ainsi l'un des fondateurs éventuels, participant aux droits et obligations de ses cointéressés », et il en conclut que ce remboursement ne peut avoir lieu « que sous la déduction de sa part contributive dans les impenses encourues par les fondateurs associés avec lui ».

(2) En ce sens : Lehmann, t. I, p. 324 ; Silbernagel, p. 118 ; Staule, t. II, p. 580.

sation de ses cointéressés, seuls juges des motifs de sa retraite. De même, on s'accorde à décider qu'un pareil contrat ne peut être rompu qu'avec le consentement de tous. Et nous ne pensons pas que ces solutions violent les principes de l'association ou de la société, que nous avons reconnue exister entre les promoteurs de la corporation.

La collectivité des fondateurs se présente-t-elle sous la forme d'une association sans but lucratif, dépourvue de la capacité juridique, encore convient-il d'observer que son but se restreint à l'organisation d'une autre association, que ses jours sont comptés, et l'article 4 de la loi du 1er juillet 1901 le laisse entendre : un membre d'une association formée pour un temps déterminé ne peut s'en retirer à tout instant après paiement des cotisations échues et de l'année courante (1). Solution certaine, solution équitable, car il serait vraiment trop injuste dans notre hypothèse de permettre à l'un des fondateurs, moyennant le versement d'une faible somme fixée par les statuts, de se soustraire pour l'avenir à l'obligation de supporter une partie des dépenses engagées, dès lors, que peut être, l'association ne se fondant pas, tout le fardeau en retombera sur les seuls promoteurs (2).

Dans d'autres cas, le groupement des fondateurs

(1) Ne serait cependant pas une association à durée limitée, l'association des fondateurs, formée jadis dans un but autre que la fondation d'un groupement nouveau, et qui aurait déjà fonctionné.

(2) Il convient de remarquer que si l'association des fondateurs ne jouit pas de la capacité juridique,ses membres sont responsables sur tous leurs biens des dettes de l'association (Michoud, *loc. cit.*, t. I, p. 430).

apparaît-il comme une société, civile ou commerciale, ce sera néanmoins toujours comme une société à durée limitée (1), à laquelle ne s'applique pas la dissolution par la volonté de l'une des parties (argum. art. 1869, C. civ.), si ce n'est dans les conditions prévues à l'article 1871 (manquement d'un associé à ses engagements,etc...).

Plus délicate est la question de savoir si le contrat entre fondateurs se trouve éteint par la *mort* de l'un d'eux ou par son *interdiction*. De pareils faits n'ont parfois aucune influence sur la durée du lien social ; l'héritier prend la place de son auteur dans ses droits et obligations, le tuteur, administrateur des biens de l'interdit, soutient son crédit. Mais en définitive, l'individu lui-même, ses facultés ont disparu, et lorsque ces éléments jouent un rôle capital, comme dans la constitution de certaines sociétés et associations, la mort ou l'interdiction d'un associé promoteur de l'entreprise, devient,aux yeux des autres, un juste motif de rompre l'entente primitive.Elle le devient certainement, lorsque cet associé a fait apport à la société des fondateurs non seulement de son nom et de son crédit, mais aussi de son expérience, qu'il lui a promis son concours pour recueillir des adhésions à la nouvelle institution et remplir les formalités constitutives ; et encore que de sa disparition ne résulterait pas l'abandon du projet de fondation, du moins celui-ci ne pourrait plus être exécuté qu'en vertu d'un nouvel accord intervenu entre les anciens associés.

(1) Il faut excepter le cas où la société des fondateurs est une société privée qui a déjà fonctionné régulièrement ; cette dernière peut très bien avoir une durée illimitée, et chacun des associés a le droit d'en provoquer la dissolution, pourvu qu'il ne le fasse pas de mauvaise foi ou à contre-temps (art. 1870, C. civ.).

La *faillite* et la *déconfiture* de l'un des fondateurs, parce qu'elles portent atteinte à sa solvabilité, qu'elles rendent sans valeur sa promesse d'apport en nature, doivent être comprises aussi, en principe, parmi les causes de dissolution de la société préparatoire. Au reste, il n'y a là qu'une application du droit commun de l'article 1865 du Code civil.

Quant à l'association sans but lucratif de personnes travaillant à la constitution d'une autre association, elle ne serait point dissoute de plein droit, dans le silence de l'acte social, à la suite de malheurs semblables qui frapperaient l'un de ses membres ; mais on pourra se demander, selon les circonstances, si celui-ci, par le déshonneur s'attachant à son nom, ne se trouve point à l'avenir empêché de collaborer à la fondation, auquel cas ses coassociés seraient à leur tour considérés comme déliés de leur obligation.

Enfin le contrat entre fondateurs, contrat momentané, disparaît au bout *d'un certain temps*, soit que la société par actions ou l'association se constitue dans l'intervalle, soit que la création en devienne impossible pour absence d'objet (par exemple, à la suite d'une fin de non-recevoir opposée par l'autorité publique à une demande de concession), ou pour tout autre motif ; impossibilité de trouver des adhérents aux statuts, etc. Dans cette dernière hypothèse, il y a toujours lieu à une répartition des pertes, à un règlement de comptes entre les fondateurs, membres de la société (réserve faite du point de savoir s'ils peuvent faire supporter une partie des dépenses engagées aux souscripteurs, sous la forme de retenues opérées sur les sommes à leur restituer) (1).

(1) Cf. *infra*, chap. II, sect. II.

Dans la première hypothèse, il n'est pas moins exact d'affirmer que le groupement des promoteurs s'est évanoui à la naissance de la corporation-personne morale qu'il avait pour but de faire apparaître. Tandis que ses membres doivent en outre être membres de cette corporation, on peut dire de l'association temporaire qu'elle s'est fondue dans celle-ci. A quoi leur servirait la persistance entre eux d'un lien intime, alors surtout qu'ils n'ont pas entendu tirer profit de leur entreprise, qu'ils n'ont point d'intérêts particuliers à sauvegarder vis-à-vis du nouvel organisme ?

Mais il en va de même, lorsque les statuts décident qu'une quote-part importante des bénéfices annuels de la société par actions sera réservée aux porteurs de parts bénéficiaires. De fait, ces titres, quelle qu'en soit la nature (titres de créances, actions ou parts sociales) (1), destinés originairement à rémunérer les travaux et dépenses des fondateurs, sont aujourd'hui souvent remis aux premiers actionnaires et souscripteurs pour encourager les souscriptions, ou bien attribués à certaines personnes en représentation de leur apport industriel et commercial, ou bien gardés en réserve pour récompenser les services rendus à la société au cours de son existence. D'ailleurs, à supposer même que les promoteurs et organisateurs de la société soient les seuls à participer à cette distribution spéciale de

(1) Houpin, nos 368 à 372 ; Percerou, *op. cit.*, p. 170 et suiv. ; Lecouturier, *Traité des parts de fondateurs*, etc. Nous ne croyons pas devoir exposer et discuter les différents systèmes qui ont été proposés relativement à la nature des parts de fondateurs ; aussi bien cettequestion n'a-t-elle pas sa place dans une étude de la période constitutive, car ces titres, donnant droit à une quote-part dans les bénéfices annuels, supposent la société définitivement créée.

dividendes, il faut avouer qu'ils ne se présentent pas comme un groupe autonome, comme une société à caractère propre, au sein d'une société plus vaste, avec laquelle celle-ci aurait à compter : chaque porteur de titre bénéficiaire jouit au contraire d'une indépendance complète par rapport aux autres, il n'a plus de relations qu'avec la société par actions elle-même, dont il fait partie (1).

Pour remédier à cet isolement et faciliter le contact permanent avec les porteurs de parts, les statuts prévoient souvent la formation d'une société civile, réunissant ces porteurs et fonctionnant par l'entremise d'un organe : l'assemblée générale de ses membres (2). Cette société n'est en réalité que la survivance du groupement formé entre fondateurs pour aboutir à la constitution de la société par actions, groupement qui a pu s'accroître, englober tous les titulaires de parts bénéficiaires même non fondateurs, mais qui au fond n'a changé ni d'objet ni de caractère et continue à fonctionner aux côtés de la corporation, qui en est issue.

(1) Il faut en conclure que, même depuis la loi du 16 novembre 1903, dans le silence des statuts sur ce point, une assemblée spéciale des porteurs de parts, représentant la moitié des parts plus une, ne peut ratifier une décision de l'assemblée générale extraordinaire de la société portant atteinte directement aux droits de ces porteurs. Cf. Percerou, *Contribution à l'étude des sociétés par actions*, 1908, p. 35. Le consentement de l'unanimité des porteurs doit être obtenu.

(2) Le groupement des porteurs en une assemblée spéciale est prévu dans le projet récent relatif aux obligations émises par les sociétés et aux porteurs de parts de fondateurs (art. 23, 25, 26). De fait, aujourd'hui, ce groupement existe dans la plupart des sociétés par actions. Cf. l'article 43 des statuts de la société « Routes et Pavages », *Gaz. Trib.*, 13 février 1913.

Toutefois normalement, dans l'état actuel de notre droit, l'association des promoteurs cesse d'exister à la naissance de la société par actions aussi bien qu'à celle de l'association à but désintéressé. Il n'est pas possible de la considérer comme le germe de ces institutions, qui en seraient le prolongement, et toutes les conventions passées entre ses membres (attribution éventuelle d'une part supplémentaire dans les bénéfices de la future société, clause réservant aux seuls fondateurs le droit de souscrire l'intégralité du capital social ou à chacun d'eux un certain nombre d'actions) doivent être insérées dans les statuts de cette société et de cette association pour s'imposer à leur respect. On objectera peut-être que les promoteurs, lorsqu'ils se réunissent pour entreprendre la fondation de la nouvelle corporation, s'obligent la plupart du temps aussi à faire partie de cette dernière et en forment le noyau. Mais ce côté de leur engagement doit être envisagé à part ; il est la source d'une autre série de rapports ; et les relations individuelles, qui s'établissent entre fondateurs contractant ensemble à ce titre (1), doivent être soigneusement distinguées de la situation juridique, dans laquelle ils peuvent se trouver les uns à l'égard des autres, du fait de leur participation à un même organisme social.

(1) Gierke, *Die Genossenschaftstheorie* ; Lehmann, *loc. cit.*, t. I, § 29.

CHAPITRE II

DES RAPPORTS DES FONDATEURS AVEC LES SOUSCRIPTEURS.

Les promoteurs se sont réunis. Ils ont formé entre eux, selon les circonstances, une société ou une association, dont l'objet est la constitution d'une corporation douée d'une vie indépendante. Ils ont dressé la charte, qui régira le fonctionnement de la nouvelle institution. La période constitutive est ouverte. Désormais tous leurs efforts vont tendre vers un but : entrer en relations avec les personnes disposées à donner leur adhésion aux statuts et à contribuer à la formation du capital social.

Pour porter leur œuvre à la connaissance du public et solliciter son appui moral et financier, les fondateurs ont recours à des moyens divers. Tantôt ils se contentent de l'insertion d'un prospectus ou d'une note dans les journaux (1), ou de l'apposition d'affiches invitant les lecteurs à déposer leurs souscriptions au siège social de la future corporation ; tantôt, et le plus souvent, ils procèdent à

(1) Depuis la loi de finances du 30 janvier 1907 (art. 3), toute introduction sur le marché d'actions, obligations, etc., d'une société doit être précédée d'une insertion dans le *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* (décret du 3 février 1912), d'une notice, signée de l'émetteur, reproduisant les dispositions essentielles des statuts (nom, objet, durée, capital de la société, etc.). Ce système avait été adopté, en 1900 déjà, par le Congrès des sociétés par actions.

des envois individuels de circulaires et de bulletins (1) de souscription reproduisant les dispositions statutaires essentielles, bulletins que les destinataires n'auront qu'à leur retourner, après en avoir rempli les blancs. Que le public s'empresse de répondre à leur appel, que des adhésions leur soient acquises, alors apparaissent des rapports de droit nouveaux entre le fondateur unique ou le groupe des fondateurs et chacun des souscripteurs, rapports dont il convient, comme au chapitre précédent, de rechercher successivement la nature et les effets.

SECTION I. — **Nature des rapports entre fondateurs et souscripteurs** (2).

C'est une question complexe et mal élucidée que celle de la nature de ces rapports. L'obscurité, qui règne sur ce point, provient en grande partie de ce que le problème n'a pas été par beaucoup envisagé sous son véritable aspect. Combien rares, ceux qui en ont aperçu les diverses faces !

Car la participation à une association et la souscription d'actions d'une société anonyme ou en commandite ne renferment pas seulement un acte d'adhésion aux statuts de la nouvelle institution, mais encore une déclaration de volonté de prendre envers les fondateurs et *envers eux seuls,* tous les engagements que comporte un pareil acte. Les discussions peuvent s'engager sur les caractères et les effets du premier élément ; quant à la

(1) Le projet de loi sur les sociétés par actions de 1907 (art. 1er). rend obligatoire le bulletin de souscription et en réglemente le contenu.

(2) Ces rapports étudiés principalement à l'occasion du contrat de souscription d'actions d'une *société anonyme*, peuvent aussi bien résulter d'une adhésion aux statuts d'une *association.*

nature du second, personne ne le contestera sérieusement, elle doit être cherchée dans la notion de contrat. Et en ce sens, il sera toujours vrai de dire que si la création de la société et de l'association ne repose pas sur cette notion, elle n'en est pas moins précédée ou accompagnée d'une série de contrats préparatoires. Ces deux éléments qui véritablement constituent deux actes juridiques différents, mais concomitants, ont été trop souvent confondus l'un avec l'autre. Trop souvent la doctrine a considéré les fondateurs comme des personnes interposées, ou bien des mandataires, ou des gérants d'affaires, tantôt des associés, tantôt de la corporation elle-même encore inexistante, ou, selon certains, personne morale dès l'ouverture de sa période de constitution, en un mot comme des personnes agissant pour le compte d'autrui. Et ce faisant, on a mis en lumière tout un côté du problème, non pas certes le moins important, celui des rapports des membres d'une même association entre eux ou avec celle-ci. Mais, par contre, on a laissé dans l'ombre une autre face : les relations individuelles entre chaque souscripteur et la collectivité des fondateurs, envisagés comme des créateurs, opérant pour leur propre compte, indépendamment de toute idée de représentation de la société ou des associés, derrière lesquels ils s'effaceraient par la suite, auxquels ils céderaient leurs droits, question qui doit faire plus spécialement l'objet de ce chapitre.

Un exposé rapide des principales théories émises à ce sujet démontrera plutôt l'erreur initiale de la doctrine (1).

(1) La littérature allemande, en particulier, est riche des constructions diverses, élaborées tant sous l'empire de la loi sur les sociétés par actions du 11 juin 1870 qu'après l'apparition de la Novelle du

I. — D'après une conception développée par Jolly et par Witte, reprise ensuite avec quelques modifications par Dernburg et par Thöl (1), il se forme, entre fondateurs et souscripteurs, une *société civile préliminaire*, ayant pour but la constitution de la société par actions. Dans cette société, les uns s'obligent à travailler à la réalisation de la personne morale, les autres à verser une somme déterminée sur le montant de leur participation. Mais ce groupement essentiellement provisoire fait place à la société par actions et lui cède ses droits, aussitôt qu'est souscrite l'intégralité du capital social et que ses membres en décident la formation définitive.

Nous ne développerons pas maintenant toutes les critiques que l'on peut adresser à cette théorie. D'ailleurs nous aurons l'occasion de la rencontrer à nouveau, en étudiant les rapports entre associés au sein de la société ou de l'association. Qu'il nous suffise dès à présent d'observer qu'elle est impuissante à caractériser les rapports des souscripteurs avec les promoteurs. En supposant ceux-ci obligés envers ceux-là à poursuivre l'œuvre de la constitution, ce qui paraît déjà fort contestable, il reste que ce rôle de personne interposée attribué à la société provisoire, et par suite aux fondateurs, ses membres pour partie, ne va pas sans entraîner de sérieux inconvénients, tels que la pratique ne s'en accommode

11 juillet 1884, qui réglementa de façon plus précise les rapports auxquels donne lieu la formation de la société.

(1) Jolly, *Zeitsch. für deutsches Recht*, t. IX, p. 352 et suiv. ; Witte : *Erörterungen zum Recht der Aktienvereine*, dans la Z. *f. d. g. H. R.*, Bd 8 (1865), p. 20 s. ; Dernburg, *Preuss Privatrecht*, Bd 2, p. 604-607 ; Thöl, *Handelsrecht*, 3e édit., I, p. 423. — Cette thèse a prévalu aussi dans la jurisprudence allemande : v. une décision du tribunal d'appel de Magdebourg du 30 octobre 1869,

point. Déclare-t-on en effet que cette société acquiert la propriété intérimaire des apports en nature et en numéraire pour la repasser ensuite à la société par actions à sa naissance, qui ne voit les conséquences désastreuses auxquelles on aboutit : nécessité d'acquitter un double droit proportionnel d'apport, et si parmi ces associés il s'en trouve d'insolvables, danger d'une mainmise de leurs créanciers sur le patrimoine social ? En fait, les choses ne se passent pas ainsi : par l'acte de souscription et de participation, l'apporteur en nature et le souscripteur s'engagent à contribuer à la formation du capital social, mais à la condition seulement que la société prenne naissance, c'est assez dire qu'ils n'entendent pas transférer à d'autres qu'à celle-ci la propriété de leurs apports ; il est admis que la mort de l'un des associés survenue pendant la période de constitution ne fait pas disparaître son obligation de versement, dont restent tenus ses héritiers même mineurs ; toutes solutions, qui ne confirment pas l'hypothèse d'une société civile préparatoire.

II. — Selon Laband (1) et Hahn (2), il faut voir dans l'acte de souscription d'actions la conclusion d'un contrat innommé entre les promoteurs et le souscripteur, du type *facio ut facias*, par lequel les premiers s'obligent envers celui-ci à déployer leur activité pour rendre possible l'apparition de la société, et à lui procurer, lors de la répartition, une quantité d'actions proportionnée à la

(1) Laband, dans la *Z. f. d. g. H. R.*, t. VII (1864), p. 620 et suiv.

(2) Hahn, *Ueber die aus Zeichnung von Aktien hervorgehenden Rechtsverhältnisse*, 1874 ; comp. les références à cette monographie dans Wiener, *Errichtung der Aktieng.* (*Z. f. d. g. H. R.*, t. XXIV), et dans Scialoja, *Studii di diritto privato*, chap. V, p. 182 et suiv.

somme qu'il a souscrite, tandis que ce dernier leur promet de payer cette somme contre remise de ses droits d'associé et de participer activement ou passivement à l'assemblée constitutive.

Les fondateurs sont donc les seuls titulaires de l'engagement du souscripteur, et seuls ils peuvent l'actionner en exécution du contrat conclu avec lui (1). Comment néanmoins la société par actions va-t-elle pouvoir bénéficier de ces droits ? C'est, répond Hahn, en vertu d'une *cession légale*, qui s'opère, à la naissance de cette société, sans qu'il soit besoin d'un acte particulier ; le droit coutumier a toujours reconnu le transfert d'une *actio utilis* à la nouvelle corporation. Mais cette explication suffit à faire rejeter la théorie, car, outre qu'elle offre les mêmes inconvénients que la théorie précédente, elle permet aux souscripteurs d'opposer à la société par actions, l'ayant cause des fondateurs, les exceptions qui leur appartiennent contre ceux-ci, conséquence que la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à repousser.

III. — Brinckmann (2) analyse d'une tout autre façon les rapports que nous étudions. D'après lui, le premier souscripteur, adhérant aux statuts, donne tacitement mandat aux promoteurs de recruter de nouveaux membres, qui deviennent à leur tour des commettants vis-à-vis d'eux.

(1) Les autres associés ne peuvent que demander des dommages et intérêts aux fondateurs, qui se soustraient aux obligations assumées envers eux, en ne poursuivant pas le souscripteur négligent.

(2) Brinckmann, *Handelsrecht*, § 61. — Comp. Percerou, *Des fondateurs*, p. 36 ; Coviello, *Dei contratti preliminari nel diritto moderno italiano*, extrait de l'*Enc. giur. italiana*, n° 49, p. 191 et suiv.

Cette théorie n'est pas davantage satisfaisante. Et d'abord elle a pour résultat au moins singulier d'étendre à tous les souscripteurs, actionnaires originaires, la qualité de fondateurs, puisque ceux à qui on attribue ordinairement ce titre ne font plus dans cette conception, en recueillant les adhésions et en travaillant à la constitution de la société, qu'agir au nom de ces souscripteurs, leurs mandants. Ajoutons qu'elle ne correspond nullement à la volonté des uns et des autres. Jamais l'acte, par lequel les auteurs du projet de statuts le portent à la connaissance du public, ne peut s'analyser en une offre de participer à un mandat ; et faute d'une stipulation expresse, il n'est pas non plus dans l'intention des adhérents à ce projet de leur conférer un pareil pouvoir et de s'engager, au cas où l'entreprise échouerait, à leur rembourser le montant des frais exposés. Pour écarter ce recours des fondateurs, on allègue un prétendu accord tacite intervenu entre eux et les souscripteurs, consacré par l'usage commercial, qui ferait échec à l'application des règles du mandat (1). Vain subterfuge, incapable de sauver une doctrine par d'autres côtés inacceptable. Elle conduirait notamment à décider que dans l'hypothèse d'annulation de la société pour cause de dol des fondateurs, l'associé victime des manœuvres frauduleuses

(1) Renaud, *Recht der Aktieng.*, p. 187 et suiv. — Plus récemment, Adelmann (*Ueber die bei der Successivgründung von den Aktiengesellschaften hervorgehenden Rechtsverhältnisse*, diss. Münich, 1893), a tenté une combinaison des théories du mandat et de la société civile provisoire ; selon lui, les souscripteurs se présentent vis-à-vis des fondateurs, à la fois comme des associés et comme des mandants. Cette construction compliquée et défectueuse a pour seul but d'obliger les uns et les autres à supporter en commun les frais de la constitution, conséquence qui n'est pas généralement admise.

aurait la faculté de réclamer, non seulement cette annulation, mais encore des dommages-intérêts aux autres souscripteurs, responsables des agissements de leurs mandataires, et cependant bien éloignés de se croire tenus, même moralement, d'une semblable obligation.

Enfin le mandat s'éteint par la déconfiture et la mort soit du mandant, soit du mandataire, par la révocation de ce dernier, solutions qu'il n'est pas possible d'introduire en notre matière.

IV. — De l'explication de Brickmann, il convient de rapprocher celle d'un auteur français, M. Zéraffa (1), pour qui les promoteurs seraient non pas des mandataires, mais des *gérants d'affaires* de la collectivité des souscripteurs, si bien que chacun de ceux-ci, en adhérant à l'entreprise projetée et en s'obligeant à entrer dans la société par un contrat unilatéral, ratifierait partiellement les actes de gestion, c'est-à-dire la confection des statuts et la conclusion des autres contrats de souscription. Cette explication soulève les mêmes objections que la précédente.

V. — Nous mentionnerons aussi la théorie originale d'Auerbach (2), quoique, vivement critiquée par la doctrine, elle n'ait jamais été acceptée par la jurisprudence allemande. Auerbach prétend que le contrat passé entre les souscripteurs et les fondateurs est une *vente*, dans laquelle les certificats provisoires d'actions doivent être assimilés à la marchandise, et le cours de l'émission

(1) *Des souscripteurs d'actions de société anonyme*. Thèse Paris, 1901, p. 29.

(2) *Das Gesellschaftswesen*, 1861. — Pour la critique de cette théorie, cf. Goldschmidt dans la *Z. f. d. g. H. R.*, Bd V (1862), p. 368.

au prix d'achat ; et il en conclut que les premiers, tenus contre remise des titres de payer les sommes souscrites, peuvent en revanche, et par l'action *empti*, réclamer la livraison de ces certificats aux derniers, dont la responsabilité se trouverait engagée par les indications mensongères du prospectus. La conception est certes très ingénieuse, mais il est permis de se demander si elle ne dénature pas complètement l'intention des parties. Pratiquement le fondateur ne peut garantir la délivrance d'un droit d'action qui n'existe pas encore et sur lequel il n'a aucun pouvoir de disposition ; quant au souscripteur, en demandant cette délivrance, il ne fait que se prévaloir des conditions, sous lesquelles il a déclaré adhérer au projet de statuts et contribué à la formation du capital social.

Pour en avoir terminé avec cet aperçu des principales constructions doctrinales édifiées sur ce terrain, il resterait à exposer les divers systèmes, dans lesquels le groupe des fondateurs est représenté soit comme un mandataire (1), soit comme un gérant d'affaires (2), non plus

(1) Cette théorie a rencontré des partisans surtout en *Angleterre* ; Lindley, *Treatise on the law of Cies*, t. I, p. 482 : Palmer, *Company law*, t. I, p. 104. — Comp. en *Italie* : Tartufari, *Della rappresentanza nella conclusione dei contratti* ; en *France* : Vavasseur, *loc. cit.*, I, n° 364 ; Boistel, n° 226 ; Deloison, *Gaz. Trib.*, 11 février 1884.

(2) Cf. en *Allemagne* : Auerbach, *loc. cit.*, p. 230 ; Endemann, *Handelsrecht*, 3e édit., p. 263 ; Petersen-Pechmann, *Gesetz bretreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften* (1887), p. 48 et suiv. — En *Suisse* : de Muralt, *De la fondation des sociétés anonymes*, thèse Lausanne, 1887. — En *France* : Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, II, n° 686 *bis* ; Floucaud-Pénardille, t. I, n° 324. — En *Italie*, Bolaffio, *Comment. al codice di commercio*, t. I, n° 219 ; Sraffa, *Del mandato commerciale e della commissione*, p. 176 ; Simoncelli, *Indole ed effetti giuridici delle sottoscrizioni pubbliche*, dans le *Foro italiano*, 1900, I, p. 743, et surtout Scialoja, dans les *Studii di dir. privato*, chap. V, p. 182 et suiv., et dans la *Riv. di dir. comm.*, 1904, I, p. 386 à 396.

des souscripteurs, mais de la *société*, soit enfin comme un stipulant au profit d'un tiers, la société future (1). Mais à vrai dire, avec ces systèmes, on en arrive à nier l'existence de rapports contractuels entre le groupe des fondateurs et la collectivité des souscripteurs, qui sont censés, lors de la naissance de la société par actions, par suite de la rétroactivité de l'acceptation du géré ou du tiers bénéficiaire, avoir contracté directement avec elle.

Et maintenant va nous apparaître avec plus de clarté le vice capital de toutes ces théories, qui font des fondateurs, tantôt des individus grevés d'un fidéicommis au profit de la société, tantôt des mandataires ou des gérants d'affaires de celle-ci ou des souscripteurs, et cela seulement. Peut-être en cette qualité, ou mieux en qualité d'organes de la société à naître, ils recueillent les adhésions de chaque nouveau membre, mais alors ils jouent le rôle de simples intermédiaires ou, que l'on nous pardonne l'expression, de « boîte aux lettres », destinée à faciliter l'établissement de relations directes entre cet associé et la société.

Il est manifeste, cependant, qu'à cela ne se bornent pas leurs attributions. Par ailleurs, les fondateurs opèrent pour leur propre compte, car, il ne faut point l'oublier, et leur dénomination suffit à nous le rappeler, ce sont de véritables créateurs : eux seuls ont formé le projet de créer une entité juridique nouvelle, eux seuls ont pris l'initiative de sa réalisation et sans en avoir reçu mandat de personne, accompli le premier acte, l'élaboration

(1) Cf. Renaud, *Recht der Aktieng.* ; Gareis, *Handelsrecht*, 2e édit. (1884) ; Gareis et Fuchsberger, *Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch*, p. 408, 426 et suiv. ; Cosack, *Droit comm.*, t. III, p. 613. En Italie : Vivante, t. II, n° 425 ; Coviello, *loc. cit.*, p. 127.

d'un statut, par quoi s'est ouverte la procédure de constitution. Avec l'émission d'un prospectus, ce qu'ils viennent demander au public c'est donc de les aider à poursuivre leur entreprise, d'abord en adhérant à la société ou à l'association future, puis, en s'obligeant vis-à-vis d'eux à certaines prestations qui leur permettent de faire franchir à la corporation le seuil de sa phase préparatoire. Le rôle actif des promoteurs dans la procédure constitutive ne saurait être méconnu, et pour être en mesure de le remplir jusqu'au bout, il leur est indispensable de pouvoir contraindre les souscripteurs à tenir leur promesse, ce qui suppose ces derniers engagés par un même acte, à la fois envers la société ou l'association (1) et envers ses fondateurs. L'étude des premiers rapports doit seule pour l'instant nous retenir.

VI. — A notre avis, la nature juridique de ces rapports ne doit être recherchée ni dans une société ou une association provisoire, ni dans un mandat, encore moins dans une vente, mais bien dans un *contrat innommé*, synallagmatique, par lequel chaque partie s'oblige vis-à-vis de l'autre, à l'accomplissement de certains actes. Par leur adhésion aux statuts (ou aux projets de statuts) d'une association à fonder, les nouveaux associés promettent de payer leur cotisation s'il en est perçu, et les fondateurs d'ins-

(1) Cette doctrine existe déjà en germe dans Wiener, *loc. cit.* Elle se précise avec Gierke (*die Genossenschaftsth.*) pour atteindre son complet développement dans l'ouvrage capital de Lehmann, *Recht der Aktiengesellschaften*. Elle a été reproduite avec plus ou moins de variantes dans les publications récentes sur ce sujet en Allemagne. — Comp. Averbeck, diss. Iéna, 1900 ; Wachtel, 1903 ; Fruth, diss. Würzbourg, 1903 ; Ihlder, diss. Rostock, 1905 ; Garssen, diss. Breslau, 1908, etc.

crire leur nom sur la liste des membres de cette association. En souscrivant des actions d'une société anonyme ou en commandite, les souscripteurs s'obligent à effectuer sur chacune d'elles le versement légal (1), et les fondateurs à leur attribuer un nombre de parts sociales négociables, proportionnel à la somme souscrite.

Des difficultés peuvent surgir quant à la date de formation de ce contrat, pour la solution desquelles il est utile d'avoir recours aux principes généraux que nous avons dégagés. Certes la question n'offre pas un très grand intérêt dans l'hypothèse de constitution d'une association, car alors, que l'invitation des fondateurs à faire partie de la future corporation s'adresse à la collectivité ou bien à quelques individus (feuilles de propagande envoyées à certaines personnes), il est bien évident que, dans l'un ou l'autre cas, ces fondateurs n'ont point entendu se réserver le droit de repousser les adhésions qui leur parviendraient, si d'ailleurs le nombre en peut être illimité.

Mais les discussions se font jour lorsque l'on veut préciser l'époque à laquelle devient définitif le contrat de souscription d'actions. Les parties contractantes sont liées, d'après les uns, lors de l'acceptation de la souscription par les fondateurs ou de l'avertissement qui en a été donné au souscripteur (2) ; d'après les

(1) Paris, 25 mars 1896, *J. S.*, 1896, p. 488.

(2) Wiener, *loc. cit.*, p. 46 ; Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, p. 739 ; Cosack, *loc. cit.*, p. 564 ; Rousseau, *Sociétés*, I, n° 1656 ; Arthuys, *Sociétés*, I, n° 322 ; Goirand, n°s 107 et 108 ; Floucaud-Pénardille, I, n° 316 ; Houpin, n° 446 ; Cohendy, *Code de com. annoté*, p. 123 ; Beslay, p. 107 ; Boistel, n° 225 ; Pont, t. II, n° 880 ; *Rép. des Pand.*, V° *Sociétés*, n° 7715 ; Fuzier-Hermann, *Rép. gén.*, V° *Soc. comm.*, n° 2926 ; Paris, 16 fév. 1850, D. 50.2.150 ; 22 janvier 1853, D. 54.2.258 ; 11 janvier

autres, dès l'instant où celui-ci a signé le bulletin d'adhésion (1) ; selon d'autres encore, lors de la déclaration notariée (2) ou avec la décision de l'assemblée générale constitutive (3). Or, si l'on se rappelle la distinction capitale que nous faisions, au début de cette section, des rapports des souscripteurs avec la société (issus de l'acte d'adhésion aux statuts) et de leurs rapports avec les fondateurs, il n'est pas impossible de concilier certaines opinions en apparence tout à fait opposées.

Il ne s'agit point en effet, lorsque l'on recherche la date de la conclusion du contrat qui nous occupe, de savoir à quel moment le souscripteur acquiert définitivement la qualité d'associé. Aussi bien cette question ressortit-elle à l'étude des relations de la première catégorie, et sur ce terrain on peut admettre, soit avec Staub et Lehmann, qu'il en est ainsi lors de la reproduction de la liste des associés sur le registre du commerce (à cette formalité correspond, en France, le dépôt de la liste des souscripteurs dans une étude de notaire, art. 1, al. 3 et 4 ; art. 24 et 55, al. 4, de la loi de 1867), soit avec Ring (4) et Adelmann, que cette qualité résulte de la décision de l'assemblée générale constitutive.

1854, S. 54.2.36 ; Trib. com. Lille, 7 janvier 1896, *R. S.*, 1897, p. 463. — En sens contraire : Aix, 15 juin 1855, S. 57.2.94.

(1) Petersen-Pechmann, *Kommentar*, etc., p. 481 ; Goiffon, p. 101 ; Vavasseur, n° 359, et Thaller, *Dr. comm.*, 4e édit., n° 517. En Italie : Scialoja, *L'offerta a persona indeterm.*, p. 77, et *Studii di dir. privato*, ch. V, n° 12.

(2) Cette opinion a jadis été soutenue par M. Thaller dans la 2e édition de son *Traité*, n° 574.

(3) Lehmann, *Recht der Aktieng.*, I, § 29.

(4) Ring, *das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesell. auf Aktien und die Aktieng.*, von 18 Juli 1884.

Abstraction faite de ce point, il faut se demander si l'émission d'un prospectus constitue de la part des fondateurs déjà une offre d'actions ou seulement une invitation à contracter, de telle sorte qu'au premier cas le contrat serait formé, dès que le souscripteur aurait donné son acceptation en signant le bulletin d'adhésion, tandis qu'au second cas l'offre émanant de lui, le concours des volontés ne serait réalisé qu'avec l'acceptation des fondateurs. Tout dépend évidemment de l'intention des parties, et c'est pourquoi on ne saurait écarter le souscripteur, bénéficiaire d'une invitation personnelle à souscrire. Au contraire, dans l'hypothèse fréquente d'un appel général au public, le prospectus ne peut plus être considéré que comme une proposition de contracter, par laquelle ses auteurs sollicitent des offres fermes qu'ils se réservent d'accepter, s'ils le jugent opportun. La doctrine et la jurisprudence semblent désormais fixées en ce sens (1).

Néanmoins, les divergences de vues réapparaissent lorsque l'on essaie de déterminer l'acte, auquel il convient de rattacher cette acceptation. Nous ne croyons pas possible de la reculer jusqu'à l'époque où les fondateurs procèdent à la répartition des actions (2), car il serait peu pratique d'obliger le souscripteur à maintenir son offre aussi longtemps. Il est préférable de décider qu'elle résultera d'une

(1) Cf. la note 2 de la page 145. Certains auteurs et arrêts exigent même, pour que le contrat soit parfait, que le souscripteur ait reçu avis de l'acceptation de sa souscription. D'après Vivante (3e édit., n° 420) la souscription s'analyse en un contrat unilatéral et chacun de ces contrats est formé, dès que l'une des parties accepte les offres de l'autre, avant même que celle-ci ait eu connaissance de l'acceptation de l'autre (art. 36, al. 4, C. com.).

(2) Houpin, I, n° 446 ; Cosack, *loc. cit.*, p. 115.

manifestation antérieure de volonté de la part des promoteurs, d'une déclaration verbale par exemple, ou de l'envoi de lettres et circulaires aux souscripteurs. Mais comment, avec cette doctrine, prétendre que les souscripteurs, après qu'est intervenue cette acceptation, puissent encore se voir rayer de la liste des associés, tant qu'ils n'ont point acquis définitivement cette qualité ? Cela se comprend, si l'on admet que l'arrivée de certains événements entraîne naturellement la résolution du contrat : ainsi, lorsque survient l'insolvabilité du souscripteur qui l'empêche d'effectuer le versement légal sur la somme souscrite (art. 1184, C. civ.) ; ainsi, lorsque le total des souscriptions atteignant un chiffre supérieur au montant du capital social fixé par les statuts, il y a lieu de refuser certaines d'entre elles par une réduction chronologique ou proportionnelle, suivant un plan arrêté ou non d'avance. Mais tandis qu'avant leur acceptation les fondateurs jouissent à cet égard d'une liberté absolue, postérieurement ils ne peuvent plus exercer ce droit que dans les circonstances et pour les motifs indiqués ci-dessus (1).

SECTION II. — **Des effets du contrat conclu entre fondateurs et souscripteurs.**

Du contrat passé entre les signataires des statuts de la corporation à fonder et les diverses personnes qui y adhèrent, il résulte, à la charge des uns et des autres, certaines obligations, et à leur profit, des droits corrélatifs.

(1) Lehmann, *loc. cit.*, I, § 32.

A. — *De l'engagement du souscripteur.* — Nous n'insisterons pas sur l'obligation que contracte envers le promoteur d'une association la personne qui déclare vouloir faire partie de celle-ci, obligation s'il y a lieu de verser une cotisation, obligation surtout de maintenir son adhésion (1), moyennant quoi les fondateurs seront en mesure de remplir les formalités, qui clôtureront la période constitutive de l'être moral.

Sous l'empire des lois de 1867 et de 1893, l'engagement que le souscripteur d'actions prend envers les fondateurs de la société anonyme ou en commandite revêt par contre une importance spéciale, car il est la condition *sine qua non* de la formation régulière de ces organismes. La loi française, suivie par la plupart des législations étrangères (2), exige en effet, pour que la société par actions ait le droit d'entreprendre ses opérations, non seulement que le capital social en soit intégralement souscrit, mais encore qu'un versement du quart soit effectué sur chaque action (art. 1 et 24 de la loi de 1867-1893). Et si l'on remarque que dans les sociétés anonymes du moins, aux seuls fondateurs la mission incombe de faire la déclaration notariée des souscriptions et des versements (art. 24, al. 2), on s'explique qu'eux seuls aussi, agissant pour leur propre compte, à titre de

(1) Cette obligation n'a pas la même importance que dans l'hypothèse de création d'une société par actions, car, en France, la loi n'exige pas le dépôt d'une liste des associés, de la part des fondateurs d'une *association* ; ceux-ci peuvent procéder à l'accomplissement des formalités constitutives, pourvu que deux adhésions seulement aient été recueillies.

(2) § 195, al. 3, H.G.B. ; art. 131, C. com. italien ; art. 618, C. féd. des oblig. ; art. 29 et 32 de la loi belge du 25 mai 1913.

créateurs de la corporation, puissent contraindre pendant la période préparatoire le souscripteur au respect de son engagement et au paiement immédiat du quart de la somme souscrite.

Il arrive souvent que les fondateurs, dans le but de déterminer telle ou telle personne à faire à la société un apport de fonds considérable, lui promettent en échange quelque faveur, par exemple un emploi dans l'entreprise nouvelle. De pareilles réserves rendent conditionnel l'engagement du souscripteur et doivent être réputées nulles et non écrites à l'égard de la société (1), sinon elles en entraîneraient l'annulation pour défaut de souscription intégrale du capital social. Mais elles restent parfaitement valables dans les rapports individuels entre les fondateurs et le souscripteur ; et celui-ci pourra,

(1) Paris, 10 janvier 1861, S. 1861.2.188 ; Cass., 6 novembre 1865, S. 66.1.169 ; Paris, 26 novembre 1881, *Gaz. Pal.*, 1882.1.223 ; Paris, 17 juillet 1882, *R. S.*, 1883, p. 167 ; Trib. com. Lyon, 26 juillet 1902, *R. S.*, 1902, p. 29 ; C. Lyon, 27 mars 1900, *R. S.*, 1901, p. 77 ; Bordeaux, 12 janvier 1903, *R. S.*, 1904, p. 21 ; Bordeaux, 30 mars 1908, *R. S.*, 1908, p. 381 ; Trib. com. Seine, 17 janvier 1911, *J. des soc.*, 1913, p. 73, *J. des Trib. de com.*, 1912, p 174. — En sens contraire cependant : Trib. de Lyon, 12 février 1900, *R. S.*, 1900, p. 303 ; Houpin, *J. des Soc.*, 1895, p. 490 ; et Vavasseur, *R. S.*, 1891 ; Thaller, n° 517 ; Goirand, n^{os} 101 et 102. On a prétendu que lorsque la réserve est insérée dans le bulletin de souscription, qui constitue un titre pour la société, elle devient opposable à celle-ci, et par suite qu'elle doit suffire à faire annuler la société, qui contrevient aux dispositions de la loi de 1867 (Besançon, 3 août 1888, *Ann. de droit com.*, 1889, p. 277 ; Floucaud-Pénardille, n° 310 ; Massart, *op. cit.*, p. 45). Cette distinction est absolument gratuite. En *Allemagne*, cf. § 189, H.G.B. ; et Wiener, *loc. cit* , p. 469. En *Suisse*, comp. les jugements du Bundesgericht du 14 septembre 1889 (*B. Ger.*,t XV, p. 627),et du 7 juin 1895 (*B. Ger.*, t. XXI, p. 567, affaire de la Société du chemin de fer Brienz-Rothorn contre West, Eckel et Cie).

s'il ne reçoit pas satisfaction de ceux-là, leur réclamer des dommages-intérêts (1). Or comment justifier cette solution, si l'on affirme qu'en toutes circonstances le fondateur intervient dans le contrat de souscription en qualité de représentant de la société ? La clause serait nulle à l'égard des uns comme à l'égard de l'autre. Ou bien alors, il faut supposer qu'à côté de ce contrat, et indépendamment de lui, des conventions peuvent être conclues entre les divers intéressés, qui n'obligent point la société. Mieux vaut, à notre avis, s'en tenir à un point de vue plus rapproché des faits : si le contrat de souscription renferme un acte d'adhésion aux statuts d'une corporation à naître, acte de droit social, il règle aussi et avant tout des rapports d'individus à individus, et les stipulations qui s'y trouvent insérées doivent produire leurs effets seulement entre ces personnes.

Les obligations du souscripteur ne disparaissent pas à sa *mort* (2). Ses héritiers et ayants cause sont tenus de les acquitter (art. 1122, C. civ.), et s'il y a parmi eux des mineurs, ces derniers n'ont pas plus que les autres le droit de se soustraire à cette exécution.

Lorsque le souscripteur tombe en *faillite* avant d'avoir opéré le versement légal sur les actions qu'il a souscrites, les fondateurs sont mis dans l'impossibilité de pour-

(1) Trib. com. Lyon, 13 août 1905, *R. S.*, 1907, p. 348 ; Paris, 10 janvier 1861 précité, Cass. ; 6 novembre 1865 précité ; Vavasseur, n° 381.

(2) Nous soutiendrons plus loin que l'engagement du souscripteur subsiste après sa mort, même si, à cet instant, ses offres n'ont pas encore été acceptées par les fondateurs, et nous expliquerons cette solution par le caractère unilatéral de l'acte d'adhésion aux statuts. Cf. *infra*, chap. III, sect. II.

suivre la constitution de la société, et de ce chef autorisés à demander des dommages-intérêts ; ils produiront dans la faillite aux mêmes conditions que les autres créanciers du failli.

En principe, le souscripteur ne s'engage à payer immédiatement aux fondateurs qu'une partie du montant de chaque action souscrite. Mais dans les entreprises peu importantes, on prescrit parfois l'entière libération des actions avant l'entrée en fonctions de la société. Cette distinction entre actions, qui doivent être ou ne doivent pas être intégralement libérées durant la période constitutive, s'accompagne d'une différence dans l'étendue de la capacité requise chez ceux qui les souscrivent. La jurisprudence considère que les acquéreurs de titres de la première catégorie, en versant sur le champ le montant total, procèdent à un placement de capitaux disponibles, donc à un acte d'administration et n'exige d'eux que la capacité nécessaire à l'accomplissement de pareils actes (1). Au contraire, elle décide que, pour souscrire valablement les actions de la seconde catégorie, il faut être capable de s'obliger.

B. — *De l'engagement des fondateurs.* — C'est un point controversé que celui de savoir si l'accord conclu entre les promoteurs de la société ou de l'association et les membres qui désirent en faire partie, fonde au profit de ces derniers des droits à l'encontre des premiers. La solution dépend dans une large mesure de la façon dont on

(1) Sont capables de souscrire ces actions, le mineur émancipé, la femme mariée, séparée de biens, sans l'autorisation de son mari, le tuteur sans autorisation du conseil de famille, ni homologation du tribunal. — En sens contraire : Paris, 21 mai 1884, S. 85.2.97 et la note de M. Lyon-Caen. — Comp. Houpin, n° 449.

envisage la situation juridique des uns par rapport aux autres. Selon Renaud, les fondateurs en acceptant la promesse des souscripteurs stipulent en faveur d'un tiers encore incertain, la société par actions. De là résulte le caractère unilatéral du contrat, car si, d'après lui, la société a le droit de recueillir le bénéfice de la stipulation. par contre, en sa qualité de tiers elle ne peut être obligée par les fondateurs (1). Vivante admet également l'existence dans notre cas d'une stipulation pour autrui et fait dériver les droits de la société contre les souscripteurs et les apporteurs en nature d'une série de contrats unilatéraux passés entre eux, ce qui lui permet de décider, conformément à l'article 36, alinéa 4, du Code de commerce italien, que le promettant est lié par ses offres, dès qu'elles sont arrivées à la connaissance du stipulant (2).

Il est plus généralement admis que les divers contrats préparatoires, grâce auxquels se recrute le personnel de la société, sont synallagmatiques (3), sauf à s'entendre sur le contenu de l'obligation qu'assument les fondateurs vis-à-vis des nouveaux adhérents.

(1) Renaud, *loc. cit.*, § 29. — En réalité l'argument ne porte pas, car il s'agit ici non pas de déclarer obligée la société, tiers bénéficiaire, mais de rechercher si le stipulant (les fondateurs) ne s'engage pas personnellement envers le promettant.

(2) Vivante, n° 420. — Cf. Zeraffa, *loc. cit.*, p. 37 ; Goirand, t. I, n° 201.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 686 *bis* ; Ostrorog, *De la constitution des sociétés anonymes*, p. 72 ; Boistel, n° 224 ; Pont, t. II, n° 880 ; Floucaud-Pénardille, t. II, n° 316 ; Trib. com. Seine, 2 mai 1894, *R. S.*, 1894, p. 456 ; Trib. com. Lyon, 12 février 1900. — Il en résulte notamment que la formalité du « bon pour » ne doit pas être exigée de la part du souscripteur, lorsque le bulletin de souscription n'est pas écrit tout entier de sa main (art. 1326, C. civ.).

Un fait paraît certain, c'est qu'en acceptant l'engagement des souscripteurs, ils s'obligent à les comprendre parmi les associés définitifs et à leur délivrer des titres (cartes de membre, certificats d'actions, etc.), représentant leurs droits et parts dans la corporation future régulièrement créée. Et cette obligation, de la part des promoteurs d'une association, ne comporte aucune autre réserve que celle de la non constitution du groupement. A l'égard des fondateurs d'une société anonyme ou en commandite, l'exécution en est subordonnée à la condition que le total des souscriptions acquises ne dépasse pas le montant du capital social, tel qu'il a été primitivement fixé par les statuts. Car, si l'hypothèse inverse vient à se réaliser, les fondateurs, qui ne peuvent de leur propre chef augmenter la quantité de titres à émettre, auront recours à la radiation ou à la réduction de certaines souscriptions (1). D'ailleurs, il reste qu'en procédant à cette opération ils seront contraints parfois à observer certaines règles mentionnées sur les bulletins d'adhésion. Il y aura lieu, tantôt à une réduction proportionnelle et à un tirage au sort des souscriptions trop modiques dont le montant ne saurait être réduit, tantôt à une répartition des actions, favorisant les gros souscripteurs au détriment des petits

(1) Il en est ainsi le plus souvent quand un délai, même très court, est fixé, passé lequel on ne peut plus souscrire. Sans doute la jurisprudence (Lyon, 19 juillet 1882, D. 84.2.183) admet que la société n'est pas tenue de laisser ouverte la souscription jusqu'à l'expiration du délai, dès l'instant où le capital social est entièrement couvert. Mais comment connaître cet instant précis, tandis que les adhésions sont reçues aux guichets de plusieurs banques et dans diverses localités à la fois ?

ou inversement. Il faut signaler les lacunes de la loi française et de la plupart des législations étrangères sur ce point (1), qui font qu'en l'absence de stipulation expresse, les fondateurs jouissent d'un plein pouvoir pour effectuer la répartition comme ils l'entendent et laissent les souscripteurs sans défense contre leur arbitraire (2).

Il est non moins incontestable que les fondateurs s'obligent à ne pas détourner de leur destination les sommes versées pendant la période constitutive. Nous n'avons pas, pour l'instant, à rechercher à qui appartiennent ces fonds durant cette période : les souscripteurs en conservent-ils la propriété ou la corporation personne morale, avant même d'être définitivement constituée, n'en est-elle pas plutôt déjà le véritable propriétaire ? Peu importe, toujours est-il que les fondateurs ne possèdent sur eux que les droits d'un dépositaire. « Attendu, déclare très justement la Cour d'appel d'Amiens (3), qu'une émission d'actions n'est effective

(1) Cf. Lehmann, *loc. cit.*, I, p. 343 ; Silbernagel, *loc. cit.*, p. 158.

(2) L'usage tend cependant à s'introduire de recourir en pareil cas à la *réduction proportionnelle*, sauf si le prospectus a formellement réservé aux émetteurs la faculté de répartir les actions à leur guise, faculté qui leur est toujours reconnue en Angleterre, où la pratique de la réduction proportionnelle ne s'est pas introduite. Faut-il dire que, dans cette dernière hypothèse, les fondateurs n'acceptent les offres du souscripteur et ne concluent avec lui un contrat qu'au moment de la répartition des titres ? En réalité, l'acceptation des fondateurs a pu valablement intervenir auparavant, et il est faux de prétendre que jusqu'à la répartition des actions, ces derniers se trouveraient engagés sous une condition purement potestative de leur part, puisqu'aussi bien il peut se faire qu'on n'ait pas besoin de procéder à cette opération, si les souscriptions n'excèdent pas le capital disponible.

(3) Amiens, 7 avril 1911, *R. S.*, 1911, p. 20 ; Trib. com. Seine,

que si toutes les actions offertes au public ont été réellement souscrites et si les fonds ont été versés, que jusqu'à ce que ce résultat définitif soit obtenu, les souscriptions sont conditionnelles, que dès lors les sommes qui en proviennent doivent être considérées comme un *dépôt*, qui devrait être rendu aux souscripteurs, si l'émission n'est pas couverte..... que les administrateurs en autorisant ainsi l'emploi de fonds, qui n'étaient pas disponibles entre les mains de la société, ont commis une faute certaine de nature à engager leur responsabilité. » Les tribunaux sont unanimes à décider que les fonds provenant des versements partiels ou totaux sur chaque action doivent être maintenus dans leur intégralité jusqu'à la constitution de la société, et que l'on ne saurait par anticipation les utiliser, soit au paiement de frais de constitution, soit à la rémunération des services rendus par un tiers ou un banquier émetteur de titres (1). La sanction de cette interdiction serait, suivant l'importance des prélèvements, ou bien la responsabilité des fondateurs qui auraient disposé de ces sommes, ou bien, et en outre, la nullité de la société (2). C'est, a-t-on dit, interpréter trop rigoureusement l'exigence d'un versement immédiat du capital social. Mais, pour notre part,

22 février 1900, *R. S.*, 1900, p. 398. — Dans l'espèce, sur laquelle la Cour d'Amiens avait à statuer, il s'agissait de l'augmentation du capital social d'une société déjà existante, mais cette hypothèse peut être rapprochée de celle que nous étudions. — Cf. Rouen, 4 janvier 1911, *R. S.*, 1912, p. 310, *Gaz. Pal.*, 1911, p. 515 et les arrêts cités en note.

(1) Cf. les arrêts cités dans Houpin, n° 460. — *Adde* : Houpin, *J. S.*, 1900, p. 103 ; Rousseau, n° 460 ; Goirand, n° 136.

(2) Trib. com. Marseille, 22 août 1899, *J. S.*, 1900, p. 80.

nous croyons fausse l'opinion des auteurs, qui voient dans la règle de l'article 1, alinéa 2, de la loi de 1867 plutôt un moyen d'écarter les souscriptions non sérieuses qu'une mesure de prévoyance assurant à la société nouvelle l'argent liquide destiné à lui permettre de faire face à ses premiers besoins (1). Rendre totalement indisponibles les fonds versés durant la phase préparatoire, c'est non seulement tarir la source de nombreux abus (commissions exagérées perçues par les banquiers intermédiaires), c'est encore et surtout sauvegarder le droit qu'ont les souscripteurs de réclamer le remboursement de leurs apports, au cas de non-constitution de la société.

Cependant, les fondateurs ne seront pas tentés d'employer le montant du versement légal à l'acquittement de dettes contractées au nom de la corporation future, lorsque les statuts en auront prévu le dépôt entre les mains d'un tiers, banquier, établissement de crédit ou caisse publique. Sage disposition qui prévient les fraudes, disposition malheureusement trop rare à l'heure actuelle. Et à ce propos, il serait à souhaiter que le législateur français, s'inspirant de l'article 133 du Code de commerce italien, ordonnât qu'en toute circonstance les premiers versements fussent faits à la Caisse des dépôts et consignations ou à un établissement de crédit privé, qui en délivrerait un reçu au nom des souscripteurs déposants, avec mention qu'ils doivent être affectés à la société future (2). On assurerait ainsi l'indisponibilité absolue de ces sommes

(1) Vavasseur, n° 397 *ter* ; Lyon-Caen et Renault, n° 700 ; Arthuys, *Traité des soc. com.*, I, n° 335. — Cf. Seine, 27 mars 1884, *R. S.*, 1884. 511 ; 24 décembre 1890, *R. S.*, 1891, p. 273 ; Paris, 22 février 1888, *J. S.*, 1889, p. 356 ; 1er et 10 août 1888, *R. S.*, 1889, p. 10 et 13 ; Besançon, 3 avril 1898, *J. S.*, 1900, p. 14.

(2) Cette réforme a été demandée par les Chambres de commerce

ou du moins leur utilisation par les fondateurs sous le contrôle de la caisse publique ou de la banque privée, et l'on diminuerait en même temps le risque de perte que courent, soit la société, si elle parvient à se constituer, soit les souscripteurs dans l'hypothèse inverse, risque, lorsque les fondateurs auront confondu les fonds sociaux avec les leurs, de subir les conséquences de leur insolvabilité et de n'être remboursés qu'en monnaie de faillite (arg. *à contrario* de l'art. 575, C. com.).

Tel est, selon nous, le contenu de l'engagement des promoteurs. Faut-il ajouter qu'ils contractent vis-à-vis de chaque nouveau membre l'obligation de faire franchir à la corporation le seuil de sa vie embryonnaire ? Il semble assez difficile de l'admettre. Peut-être pourrait-on comprendre l'existence d'une telle obligation à la charge des organisateurs d'une association, d'un syndicat professionnel ou d'une société de secours mutuels, puisque la présence d'un nombre déterminé d'associés et l'importance des cotisations ne tiennent point en suspens l'accomplissement des dernières formalités constitutives. Pourtant ici même, il est préférable de leur laisser la faculté, s'ils voient que leur initiative ne répond pas aux aspirations de la masse, que les adhésions se font

et envisagée dans le rapport sur le projet de loi de 1884 (Cf. Jacquard, *Examen critique du projet de réforme des sociétés par actions*). Elle figure également dans le projet de loi sur les sociétés par actions déposé à la Chambre des députés par la commission parlementaire. Cf. l'article 1er : « Les fonds provenant des souscriptions sont déposés par les gérants dans l'un des établissements suivants : Banque de France, Caisse des dépôts et consignations ou Crédit foncier de France. » Colin, *loc. cit.*, p. 26 ; Nouel, *Des sociétés par actions. La réforme*, p. 215 et suiv. — M. Léouzon Le Duc n'est pas partisan de ce dépôt (De la réforme de la législation des sociétés par actions, *Rev. pol. et parlem.*, 1909, p. 258).

attendre et que le groupement futur est destiné à végéter, d'abandonner leur projet sans s'exposer à une réclamation injustifiable des quelques membres déjà réunis. Créateurs, seuls ils apprécient l'opportunité de poursuivre leur œuvre créatrice.

A fortiori, en doit-il être ainsi lors de la formation d'une société par actions où les intérêts en jeu sont d'ordre pécuniaire et non plus seulement moral. Comment au reste les fondateurs pourraient-ils, dès le début, garantir aux souscripteurs partiels que le capital social sera intégralement couvert et le minimum légal versé sur chaque action. Les circonstances viennent parfois entraver la réalisation des plans les plus sérieusement conçus ; telle entreprise avorte, qui s'annonçait sous les plus brillants auspices. Aux promoteurs, s'ils sont honnêtes, de savoir éviter la catastrophe, avant qu'il soit trop tard ; leur responsabilité est engagée, il est juste qu'elle ait comme contrepartie leur liberté (1). Mais à partir de la déclaration notariée des souscriptions et des versements, cette liberté n'est plus entière ; car à ce moment les fondateurs ont perdu leur pouvoir propre, ils agissent dorénavant en qualité d'organes du corps social doué déjà d'une certaine activité, aux aspirations duquel ils doivent obéir (2).

(1) En ce sens ; Houpin, n° 456 ; Arthuys, n° 326 ; Cellerier, *loc. cit.*, n° 205 ; Goiffon, *loc. cit.*, p. 142. Se prononcent en sens contraire, les auteurs qui considèrent les fondateurs comme des mandataires, gérants d'affaires des souscripteurs (Brinckmann, Laband, etc.). Il faut remarquer que, malgré leur désaccord sur le point de départ, les uns et les autres aboutissent à des solutions pratiques à peu près semblables. C'est ainsi que M. Thaller (n° 503) admet qu'en alléguant un *motif plausible*, les fondateurs, gérants d'affaires au regard du public, sont en droit de suspendre la constitution.

(2) Houpin, n° 453, *J. des soc.*, 1895, p. 490 et suiv. ; Massart, *loc.*

La solution que nous avons apportée à cette question d'une prétendue obligation, pour ceux qui en ont pris l'initiative, de mener à bonne fin la formation de la corporation, va nous permettre de prendre parti dans cet autre débat : qui doit supporter les frais de constitution, lorsque le projet pour telle ou telle cause doit être abandonné ?

Tout dépend, ici encore, de la position juridique que l'on assigne aux fondateurs par rapport aux souscripteurs. Les traite-t-on comme les mandataires ou les gérants d'affaires de ceux-ci, il est bien évident qu'on doit laisser ces frais à leur charge, car de droit commun le mandataire peut, s'il n'a rien à se reprocher, réclamer le remboursement des dépenses engagées, même s'il n'a pas réussi dans l'accomplissement de son mandat, et de droit commun aussi pour apprécier l'utilité de la gestion, il convient de se reporter à l'époque de l'intervention du gérant d'affaires, sans avoir égard aux faits qui ont empêché le géré d'en accueillir le profit, si bien que, dans l'une ou l'autre hypothèse, les souscripteurs ne sauraient valablement opposer comme fin de non-recevoir à l'action des fondateurs, la non-constitution de la société (1).

cit., p. 44. Il faut observer que si les fondateurs ne s'engagent pas vis-à-vis des souscripteurs à constituer la société, du moins ils s'engagent par le contrat conclu avec chacun d'eux, au cas où ils donneraient suite à leur projet, à le réaliser dans les conditions voulues par la loi et à ne commettre aucune irrégularité. C'est sur le fondement de cette obligation que tout actionnaire peut intenter isolément contre eux une action en responsabilité (action individuelle), lorsqu'est prononcée l'annulation de la société.

(1) Cf. Bolchini, *Riv. di dir. com.*, 1903, I, p. 436 et suiv. ; Sraffa, *Del mandato*, etc., p. 176 ; Vivante, *loc. cit.*, n° 425 ; Benettini, *Il dolo dei promotori delle Società anonime e gli azionisti*, dans la revue

Nous avons soutenu au contraire que les promoteurs, lorsqu'ils rédigent les statuts et sollicitent des adhésions, gèrent leur propre affaire et non pas celle d'autrui, qu'ils ont tout pouvoir jusqu'à la déclaration notariée de ne pas donner suite à leur projet ; en conséquence, ils doivent assumer aussi les risques de leur initiative. Et peu importe que l'obstacle à la naissance de la société provienne d'un fait qui leur soit étranger ; dans tous les cas, les dépenses engagées resteront à leur charge (1). Il n'en serait autrement que si les souscripteurs, en contractant, s'obligeaient à participer à ces dépenses. Mais, en l'absence d'une clause formelle sur ce point, il n'y a pas lieu, croyons-nous, à une interprétation quelconque de la volonté des parties (2).

« La *Societa per azioni*, août 1911, p. 234 ; Scialoja (*loc. cit.*, n° 11) essaye de réfuter l'argumentation de Vivante, en prétextant que dans notre cas le but de la *negot. gestio* est précisément la création de la société, c'est-à-dire du maître de l'affaire, et c'est pourquoi on ne peut intenter d'action contre lui que s'il existe. — Cf. *infra*, p. 175.

(1) Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 694 ; Houpin, n° 453 ; Arthuys, n° 366 ; Pont, n° 1020 ; Goirand, n° 199 ; Rousseau, n°s 1609 à 1611 et 1881 ; Floucaud-Pénardille, I, p. 169 ; Paris, 6 déc. 1887, *R. S.*, 1887, p. 252 ; Cass., 11 juin 1887, *R. S.*, 1887, p. 20 ; Seine, 29 mai 1890, *J. S.*, 1891, p. 327. — *Adde* : Renaud, *loc. cit.*, § 25.

(2) Thaller, *loc. cit.*, n° 503.

CHAPITRE III

DE L'ACTE D'ADHÉSION AUX STATUTS.—DES RAPPORTS EXISTANT ENTRE SOUSCRIPTEURS.

L'activité des fondateurs tend vers un but immédiat : grouper un certain nombre d'individualités, qui formeront un noyau corporatif, lequel, par l'adjonction continue de nouveaux atomes sociaux, ira s'élargissant pour faire place à un moment donné à la corporation définitivement créée et organisée. La rédaction des statuts, l'émission d'un prospectus invitant le public à y adhérer, la conclusion de contrats avec les souscripteurs nous sont apparues comme autant de manifestations de cette activité. Si elle ne s'est point dépensée en pure perte, elle a dû aboutir à rapprocher les unes des autres des volontés jusque-là isolées, mais désireuses de poursuivre en commun la satisfaction d'un intérêt collectif, en se soumettant à une même discipline.

Il faut maintenant étudier de plus près le lien qui unit entre elles ces diverses individualités, semblable au ciment qui scelle les pierres d'une maison ; de celui-ci dépend la solidité de l'édifice, de celui-là le fonctionnement et la vitalité de la nouvelle institution. Car, si jusqu'alors nous avons vu les fondateurs préparer le terrain et accumuler les matériaux, désormais nous allons assister au travail de construction proprement dit, au terme duquel la corporation se présentera pourvue déjà d'une cer-

taine individualité objective, substratum de sa personnalité.

Quelle est donc la nature de l'acte d'adhésion aux statuts, de cet acte par quoi se produit l'incorporation de chaque unité dans la masse, et à quel moment se trouve-t-il réalisé ? Problème capital, dont l'intérêt pratique est allé grandissant dans ces dernières années avec le développement continu des associations, problème grave aussi entre tous, parce qu'il met aux prises les deux conceptions antagonistes du droit, qui divisent à l'heure actuelle juristes et sociologues, la conception individualiste et la conception sociale. A ces deux points de vue divergents correspondent deux explications non moins opposées de la formation des collectivités organisées : la *thèse contractuelle* et la thèse *institutionnelle*. C'est à exposer successivement l'une et l'autre que nous consacrerons les développements qui vont suivre.

SECTION I. — La théorie contractuelle.

Le grand courant d'individualisme, dont les premières manifestations, pour ne point en chercher ailleurs et plus loin les origines (1), se rencontrent sans contredit dans les œuvres de Rousseau, et qui emporta avec la violence que l'on sait l'ancien régime et la monarchie à la fin du XVIII[e] siècle, devait, au XIX[e] siècle, continuer d'exercer son influence sur l'esprit du législateur et inspirer la philo-

(1) On pourrait découvrir le germe de la théorie du contrat social déjà dans Epicure (Fouillée, *Science sociale contemporaine*). Au XVI siècle, Hotman, Hubert Languet, Grotius etc. font reposer aussi la société sur une convention expresse ou tacite de ses membres.

sophie juridique contemporaine. « Trouver une forme d'association qui protège et défende de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant » (1), tel était, selon Rousseau, le nœud de la question politique. Nul n'ignore comment il l'a résolu, en faisant en sorte « que les limites de la liberté soient l'œuvre de la liberté » (2), c'est-à-dire le produit d'une convention librement conclue entre tous les membres de la société.

Or s'il en a été ainsi à l'origine des Etats et des sociétés politiques, *à fortiori* en doit-il être encore de même aujourd'hui à l'origine des groupements plus restreints qui se créent dans leur sein. Et les auteurs du vaste mouvement législatif, qui marque les débuts du XIX^e^ siècle, ne l'ont point entendu autrement. Pas d'obligation sans contrat, avaient déclaré les doctrinaires de la Révolution (3), et Cambacérès reprend : « L'obligation dérive de deux causes ; souvent elle naît d'une convention ou, plutôt, elle en est inséparable ; quelquefois la loi suppose que la convention existe, et c'est elle qui forme alors l'obligation (4). » L'association ou la société assure à ses membres des droits, mais leur impose aussi des devoirs, c'est assez dire qu'elle procède de leurs volontés individuelles et autonomes, car ces derniers n'ont pu aliéner

(1) Rousseau, *Contrat social*, liv. I, chap. VI.

(2) Fouillée, *Science sociale contemporaine*, p. 264.

(3) « Il n'y a point d'engagement, disait Siéyès, s'il n'est fondé sur la libre volonté des contractants. » Prélim. de la constitution (*Arch. parlem.*, 1^re^ série, t. VIII, p. 257).

(4) Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*. Paris, 1912, p. 116. V. aussi aux p. 30 et suiv., formulés et critiqués les éléments de la doctrine individualiste.

une parcelle quelconque de leur liberté, sans avoir au préalable prévu et discuté l'étendue de cette aliénation et obtenu leurs engagements réciproques, autrement dit, sans avoir conclu entre eux un contrat (1).

Ainsi se présente dans ses grands traits, logiquement rattachée à la pure doctrine individualiste, l'explication contractuelle de la formation des collectivités humaines. Solidement implantée au cours du XXI^e^ siècle dans le domaine des sociétés par actions aussi bien que dans celui des autres sociétés civiles ou commerciales, cette thèse, appliquée aux associations, a reçu la consécration expresse du législateur de 1901 (art. 1^er^ de la loi du 1^er^ juillet 1901).

A. — Les sociétés par actions. — A vrai dire le Code de 1807, sobre de détails sur la constitution et le fonctionnement de la société anonyme, ne prononçait pas à son sujet le mot de contrat (2). Et cependant il ne vint jamais à l'esprit des commentateurs qu'un pareil groupement pût reposer sur des bases différentes (3). L'article 18 (C. com.) n'était-il point fait pour les affermir dans leur conviction que le législateur avait voulu soumettre toutes les sociétés commerciales sans distinction aux règles du contrat? Au surplus la question n'offrait pas à cette époque un intérêt pratique considérable. La triple concentration financière, commerciale et industrielle, qui caractérise le régime économique moderne, était à peine

(1) Fenet, t. I, p. 169.

(2) Art. 20 : « la société en nom collectif est celle que *contractent* deux personnes, etc... ». Art. 23 : « la société en commandite se *contracte* entre un ou plusieurs associés, etc. ». Au contraire, art. 29 : « la société anonyme *n'existe* point sous un nom social, etc. ».

(3) Alauzet, *Comment. du Code de com.*, I, p. 186.

ébauchée, et les sociétés anonymes, par quoi elle devait se réaliser dans l'avenir, d'autant plus rares qu'il leur fallait solliciter l'autorisation du gouvernement et subir son contrôle (1). D'ailleurs la commandite par actions, dont la création restait libre, offrait un cadre suffisant aux entreprises quelque peu importantes et de longue durée, et réserve faite de la division du capital en actions, l'article 38 (C. com.) la soumettait à toutes les autres règles établies pour la commandite par intérêts, société de personnes.

Les abus auxquels donna lieu le système défectueux du Code de commerce rendirent nécessaire, vers le milieu du siècle dernier, une refonte de la législation des sociétés par actions. Elle aboutit, à la suite des réformes jugées insuffisantes de 1856 et de 1863, au vote de la loi du 24 juillet 1867, qui a instauré en France le régime de la réglementation légale. En subordonnant la naissance régulière de la société à l'accomplissement de plusieurs formalités, ce système a eu pour effet d'augmenter la durée de la période constitutive et d'attirer l'attention sur la situation des futurs associés pendant cette période (2).

A la base de la société par actions il y a un contrat.

(1) Le gouvernement appréciait sévèrement les statuts et les bases de la société projetée. Déjà, dans l'ancienne jurisprudence, l'acte du gouvernement, qui créait la Compagnie, renfermait les principes selon lesquels elle devait fonctionner. Telle est la Déclaration de 1664, qui établit la Compagnie des Indes Orientales (Savary, *Le parfait négociant*, t. II, chap. 9, p. 202 et suiv.).

(2) De cette loi, on peut rapprocher la Novelle allemande de 1884, qui a réglementé aussi, de façon minutieuse, la constitution de la société par actions, en prescrivant la réunion de deux assemblées de souscripteurs et en introduisant la procédure de révision des opérations de fondation (*Prüfung des Gründungshergangs*).

C'est à peu près le seul point, sur lequel s'entendent les partisans de la théorie contractuelle. Mais lorsqu'on se demande à quel moment ce contrat devient définitif, entre quelles personnes il est conclu, s'il n'est pas lui-même précédé d'avant-contrat, le désaccord redevient complet.

I. — A s'en tenir au système le plus simple, il conviendrait de raisonner ainsi : le contrat de société par actions que prévoit le législateur (art. 18 et 19, C. com.) est un contrat qui se forme successivement, par une série d'adhésions à l'acte de société (1). En déclarant vouloir participer à la formation de la société, chaque souscripteur ou chaque apporteur en nature s'oblige envers les autres à réaliser son apport en espèces ou en nature, tandis que ceux-ci s'obligent à lui procurer les avantages de la qualité d'associé. Sans doute le plus souvent ils ne se connaissent pas, mais alors l'échange de consentements se fait par l'intermédiaire des fondateurs qui jouent à leur égard le rôle de mandataires ou de gérants d'affaires, à charge pour eux de poursuivre les opérations de la constitution. Le contrat est conclu avec la souscription intégrale du capital social, mais l'exécution en est suspendue jusqu'à ce que soient remplies les diverses formalités, auxquelles la loi rattache la naissance de la société (déclaration de souscription, approbation des apports en nature et des avantages particuliers ; en Allemagne et en Suisse, incorporation). Ajoutons en-

(1) Percerou, *loc. cit.*, p. 36 et 37 ; Goirand, t. I, n° 201 ; Vavasseur (6e édit.), n° 286. En Allemagne, ce système a été soutenu particulièrement par Wiener, *loc. cit.*, p. 43-44.

fin, — et ce n'est pas là l'une des moindres défectuosités de la construction, ses auteurs doivent le reconnaître, — que malgré le lien en apparence définitif qui l'unit à la masse de ses coassociés dès l'instant où sa souscription a été acceptée, le souscripteur peut encore être écarté par les fondateurs lors de la répartition des actions, et cela, sans qu'aucun recours lui soit ouvert contre la société (1).

II. — Mais il est aussi fréquemment admis, en doctrine et en jurisprudence, que le contrat de société par actions ne prend naissance qu'avec la constitution définitive de la société. Selon les uns, il serait précédé d'une série d'engagements réciproques, ou promesses de former une société, contractés par chacun des souscripteurs vis-à-vis de l'universalité des autres, de telle manière que le pacte provisoire conclu entre eux deviendrait un *pactum de contrahendo* ou *cœundæ societatis*, un *avant-contrat*, qui ferait place à la *société des souscripteurs* dès que serait couvert le montant intégral du capital social (2).

Selon les autres, l'existence de cette dernière société

(1) Si les fondateurs avaient pris à cet égard quelque engagement quant à la façon de procéder à la réparation, le souscripteur aurait un recours contre eux seuls.

(2) Arthuys, *Soc. comm.*, I, n° 369 (au reste cet auteur ne précise pas davantage la situation des souscripteurs, les uns par rapport aux autres, durant la période constitutive). L'hypothèse d'un *pactum de contrahendo* a été soutenue en Allemagne par Brinckmann (*loc. cit.*) et Primker dans le *Handbuch des deutsch. Handels. See-und Wechselrechts* (1881) de Endemann, p. 539. Coviello (*loc. cit.*, n° 49, p. 191 et suiv.) fait intervenir à ce pacte également les fondateurs, ce qui est inexact, du moins lorsque les fondateurs n'ont pas l'intention de participer au contrat définitif.

doit être affirmée en présence d'un nombre encore très restreint d'adhésions aux statuts ; deux au minimum suffisent à la faire apparaître. Elle se développera peu à peu, au fur et à mesure que se produiront les souscriptions, et c'est d'elle en dernière analyse que sortira la société par actions, parvenue au terme de sa phase constitutive.

L'un et l'autre système ont trouvé au-delà de nos frontières un accueil enthousiaste, qui ne doit pas surprendre si l'on jette un coup d'œil sur quelques-unes des législations étrangères. C'est d'abord l'article 200 du H. G. B. qui le déclare : « avant l'inscription au registre du commerce du domicile de la société, la société par actions n'existe pas en *tant que telle* » (1) ; et l'article 623 du Code fédéral des obligations n'est pas moins formel : « la société anonyme n'acquiert la personnalité civile que par l'inscription sur le registre du commerce ».

Quant à s'entendre sur la nature juridique de ce groupement des souscripteurs, duquel procède la personne morale définitivement constituée, il n'y faut pas songer. Certains y voient une *société civile ordinaire* (2), ou bien une *société de fait* (3). D'après Co-

(1) Comp. l'article 11, alinéa 1 de la loi allemande du 29 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée. — Comp. aussi l'art. 273, C. C. A. anglais de 1908.

(2) Cf. les théories de Jolly, Witte, Dernburg et Thöl ci-dessus exposées, p. 137 et s. — *Adde* : Staub, *Kommentar*, § 200 anm. 2 ; J. Hatt, *La société à responsabilité limitée*, thèse, 1908, p. 156. — La jurisprudence du Reichsgericht est en ce sens.

(3) Nous signalerons l'incorrection de cette expression, qui désigne une société ayant déjà fonctionné bien qu'irrégulièrement constituée. V. à cet égard, les termes très nets de l'arrêt de la Cour de Rouen du 4 janvier 1911 précité ; la société nouvelle « est restée à l'état de sim-

sack (1), entre souscripteurs et fondateurs il existe une sorte de société innommée, *société de fondation* (Vorgesellschaft) qu'il ne faut pas confondre avec la société des fondateurs (Gründergesellschaft) ; elle a pour but de préparer la formation de la société par actions, à laquelle du reste elle emprunte certains caractères, comme le droit de prendre des décisions à la majorité des voix.

Sans insister sur l'explication un peu vague de Cosack, qui tourne la difficulté plutôt qu'il ne la résoud, nous dirons que la conception d'une société civile préparatoire ne paraît pas davantage admissible ; car de droit commun cette société est dissoute par la mort ou la déconfiture d'un associé et nous savons qu'ici, au contraire, ces événements n'ont aucune influence sur le marché de la fondation (2).

Mais contre toute hypothèse d'un contrat entre souscripteurs, ou mieux entre souscripteurs ou fondateurs, qui servirait de base à la corporation, on peut faire valoir divers arguments d'ordre général. Il faut avouer d'abord que ce système ne correspond guère à la réalité. Nous en appelons au bon sens : comment supposer que les souscripteurs aient entendu s'obliger mutuellement, tandis qu'ils ne se connaissent même pas, qu'ils ne savent rien les uns des autres (3) ? Et qu'est-ce que cette société du droit civil (*societas voluntaria*), dans laquelle le nombre

ple projet, et n'ayant pas encore affirmé par un acte quelconque son existence et sa personnalité, elle doit être réputée comme n'ayant jamais existé, *même de fait* ».

(1) Cosack, *loc. cit.*, t. III, § 115, p. 148-151.

(2) Il suffit que le nombre des associés ne soit pas finalement inférieur à 7 (art. 23 de la loi de 1867).

(3) « On l'a dit, l'actionnaire est un atome, une poussière. Il n'y a entre les souscripteurs d'une même émission aucune cohésion, aucun

des membres serait indéterminé, leur individualité sans aucune importance, et leur admission indépendante du consentement unanime des autres associés ?

Il est vrai que l'on répond à la première objection, en faisant intervenir les fondateurs, mandataires ou gérants d'affaires de la collectivité vis-à-vis de chacun et chargés en son nom de recueillir les adhésions. Mais à aucun moment, les souscripteurs ne donnent mandat aux fondateurs de les obliger envers des tiers qu'ils ne connaissent pas, dont ils ne peuvent par suite apprécier ni la moralité, ni la solvabilité ; encore moins les voyons-nous ratifier ces prétendus actes de gestion que seraient les contrats passés avec chacun d'eux isolément.

En admettant qu'une société civile existât entre souscripteurs pendant la période préparatoire, il resterait à expliquer le transfert de ses droits et obligations à la société par actions. C'est, a-t-on dit, avec l'accomplissement de la dernière formalité constitutive qu'il s'opère. Or remarquons que les deux sociétés n'ont ni la même composition, ni la même structure. Elles n'ont pas la même composition, du moins aux yeux de ceux (et ils sont nombreux) qui prétendent réunir dans le même groupement provisoire souscripteurs et fondateurs, alors que ces derniers ne participeront peut-être pas au groupement définitif. Elles n'ont pas la même structure, puisque l'une est un contrat formé *intuitu personæ* entre individus placés sur un pied d'égalité, et l'autre, une collectivité organisée, que dirigent et contrôlent certains actionnaires, et dont l'individualité ne se confond point avec celle de ses membres. Ici les associés s'effacent

échange d'impressions ou de vues. » — Thaller, Réforme de la loi des sociétés par actions. *Rev. pol. et parl.*, 1903, p. 88.

derrière le nouvel être juridique, seul titulaire du patrimoine social, là ils demeurent au premier plan, seuls sujets des droits et obligations qui composent ce patrimoine.

Aussi bien, pour supprimer la difficulté, le plus sûr moyen serait-il d'avoir recours à la thèse classique de la personnalité morale-fiction de la loi. On sait qu'avec cette théorie la personnalité devient une faveur octroyée par l'Etat à certaines associations, telles que les sociétés par actions, qui lui paraissent la mériter, un attribut qui vient parfaire l'œuvre de volontés autonomes engagées précédemment dans les liens d'un contrat. Il arrive que dans notre matière le législateur a par avance attaché la jouissance de ce privilège à l'accomplissement de formalités essentielles. Lorsqu'il est satisfait à celles-ci, la fiction s'applique et rien n'empêche de lui supposer un effet rétroactif. « La société est considérée comme ayant existé entre les divers associés du jour de la souscription, et elle est devenue dès ce moment propriétaire des versements faits par les actionnaires (1). »

Nous avons déjà (2) réfuté le système de la personnalité fictive. Il nous semble en étroite corrélation avec la théorie contractuelle de la formation des corporations, envisagée sous son premier aspect. Si l'on écarte l'un, on est fatalement amené à écarter l'autre, qui sans lui ne se soutient plus ; le transfert à la société des droits et obligations appartenant à la collectivité des souscripteurs ne peut être que le résultat d'une fiction.

Cependant la doctrine, à la fin du siècle dernier, mani-

(1) Goirand, *loc. cit.*, n° 201, p. 167.
(2) Cf. notre Introduction, p. 3 et suiv.

festa une tendance prononcée à vouloir rejeter une explication aussi peu en harmonie avec les faits. Déjà une autre voie s'ouvrait devant elle plus séduisante, qu'elle n'a pas manqué de suivre jusqu'au bout.

III. — Dire qu'entre les souscripteurs il existe une société civile provisoire, dont l'objet est la fondation de la société par actions, c'est se heurter à des obstacles insurmontables, lorsqu'il s'agit de passer de l'une à l'autre. Ne vaut-il pas mieux, dans ces conditions, soutenir que, sans chercher à entrer en rapport avec ses coassociés futurs, chaque adhérent aux statuts corporatifs s'engage directement envers la société, considérée comme une personne morale, distincte de ses membres ? Au surplus la *théorie du lien direct* avec la société comporte diverses modalités, car, il ne faut pas se le dissimuler, toutes les difficultés, grâce à elle, ne sont pas aplanies ; la route n'est pas droite, qui mène au but visé, et les procédés pour l'atteindre se présentent nombreux et variés.

Partant de cette conception, on est au premier abord tenté d'affirmer que le contrat existant entre chaque souscripteur et l'être moral n'est conclu qu'à l'instant où celui-ci prend naissance, et qu'auparavant les déclarations d'adhésions demeurent révocables au gré de leurs auteurs. Mais c'est là un cercle vicieux ; précisément pour qu'apparaisse la société, il faut que lui soit définitivement acquis un personnel suffisant, qui ne puisse se retirer à la dernière heure, sous prétexte que ses offres n'ont pas été acceptées.

a) Tartufari (1) voit dans les fondateurs des *manda-*

(1) Tartufari, *loc. cit.*, n° 112.

taires de la société vis-à-vis des souscripteurs et appuie sa thèse sur un arrêt de la Cour de cassation de Turin du 5 mars 1880 que d'ailleurs, à en croire Vivante (1) et Benettini (2), il a mal interprété. Elle apparaît en effet plutôt hardie cette assertion qu'il est possible de représenter un individu ou une personne morale, n'existant pas encore (3). Certes, les législations positives s'accordent, pour sauvegarder ses intérêts pécuniaires, à traiter comme un enfant déjà né l'enfant simplement conçu (*infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*) et à lui désigner un représentant ; mais cette unique exception ne saurait détruire le principe général, d'après lequel les personnes existantes ou du moins présumées telles (les absents) peuvent seules participer, elles-mêmes ou par leurs représentants, à un acte juridique. Et Bolchini remarque aussi que la conception de Tartufari ne trouve aucun point d'appui dans la théorie de l'offre à personne incertaine, qui obligerait les souscripteurs à maintenir leurs adhésions, jusqu'à ce que la société fût formée et en état de prendre à sa charge les obligations des fondateurs, ses mandataires, puisque « autre chose est la personne incertaine, mais existante, et autre chose la personne sans aucun doute inexistante (4) ».

(1) Vivante, t. II, n° 421.

(2) Benettini, *loc. cit.*, p. 233.

(3) Dans tous les cas, les fondateurs tiendraient leur mandat de la loi, et non de la société qui, n'existant pas selon Tartufari, n'a pu encore manifester sa volonté.

(4) *Rivista di dir. com.*, 1903, t. I, p. 436. — Il faut reconnaître que les dispositions du Code de commerce italien ne s'accordent guère avec l'hypothèse d'un mandat ; tandis qu'en général, à l'égard des tiers, c'est le mandant qui est obligé et non pas le mandataire, l'article 98 du Code de commerce consacre la responsabilité solidaire et

b) Si la théorie du mandat n'a point été accueillie ailleurs qu'en Angleterre (1), celle de la *gestion d'affaires*, par contre, a rencontré de nombreux et chauds partisans en Italie et en France surtout (2). « La souscription d'actions, dit-on, a le caractère d'un contrat synallagmatique entre les fondateurs, gérants d'affaires de la société projetée, *persona incerta*, qui ne prendra corps que si la souscription réussit et pour le compte de laquelle ils stipulent et promettent d'une part, et chacun des souscripteurs d'autre part (3). » Scialoja insiste en prétendant que la gestion d'affaires au profit d'un être futur semble ici d'autant plus admissible que le législateur, par des dispositions expresses, a dérogé aux règles générales en cette matière et assigné à ce concept un nouveau domaine d'application. Du reste, ajoute-t-il, il est indifférent que le maître ne soit pas en état d'agir lui-même, car pour l'exercice de l'action *negotiorum gestorum directa*, ou la défense à l'action *negotiorum gestorum contraria*, la loi lui désignera un remplaçant, comme nous voyons qu'elle l'a fait dans l'intérêt du fou ou de l'enfant. Quant à cette incapacité absolue, qui résulte de son inexistence, elle em-

illimitée des fondateurs pour toutes les obligations assumées en vue de la constitution de la société ; tandis enfin que les agissements du mandataire obligent toujours le mandant, l'article 138 permet à l'assemblée constituante de ne pas approuver les opérations des fondateurs.

(1) En Angleterre, l'application de cette théorie ne se heurte plus aux mêmes obstacles juridiques, puisque le droit anglais reconnaît à la société par actions, après la délivrance du premier certificat d'incorporation, une certaine capacité, lui permettant de contracter avec les tiers et de se procurer le capital nécessaire à son fonctionnement.

(2) Cf. les auteurs précités, note 2 de la p. 142.

(3) Dalloz, *Supplément Rép.*, v° *Société*, n° 1193. — *Adde* : Fuzier-Hermann, *Rép. gén.*, v° *Sociétés*, n° 2916.

pêchera seulement la naissance de l'action du gérant, en enlevant à la gestion toute utilité initiale, mais elle ne dispensera pas celui-ci de continuer l'œuvre entreprise, puisque son obligation dérive de la loi, et non d'un contrat, qu'elle a un fondement purement objectif : l'immixtion dans les affaires d'autrui. « Le caractère futur de la personnalité du maître, conclut-il, ne contredit pas à la nature de l'institution (1). »

C'est de quoi cependant nous n'arrivons pas à nous convaincre, en réfléchissant à l'étrangeté de l'hypothèse. Comment administrer les affaires d'un maître, dont la naissance n'est même pas assurée, qui par suite est radicalement incapable de posséder un patrimoine ? « Le gérant d'affaires remplace spontanément la personne intéressée, parle en son nom et veut lui faire acquérir un droit. Il faut que ce droit, qui ne peut résider sur la tête du gérant, puisse immédiatement résider sur la tête du géré. Il faut donc que le géré soit au moins conçu (2). » La rétroactivité de sa ratification signifie que les droits qui lui échoient, ou les obligations qui lui incombent, n'ont à aucun moment figuré dans le patrimoine du gérant, partant, que dès le début il en a été le titulaire, à moins d'admettre que dans l'intervalle ces droits et ces obligations ont pu subsister sans un sujet actif ou passif.

(1) Scialoja, *loc. cit.*, n° 11. — Comp. Huc, *Comm. du Code civil*, t. VII, n° 54 ; Planiol, *Traité élém.*, II, n°s 1239-1244 ; Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation*, thèse Paris, 1897, p. 70 ; Dernburg, *Preuss. Privatrecht*, II, § 284 ; Messina, *I concordati di tariffe* dans la *Riv. di dir. com.*, 1904, I, p. 510. — V. aussi une décision de la Cour de cassation de Turin du 20 février 1900 (*Foro ital.*, 1900, p. 742 et la note de Simoncelli).

(2) Labbé, note sous Cass., 2 juillet 1884, S. 85.1.5.

On objecte, il est vrai, le caractère spécial de notre gestion et la tendance de la doctrine, dans ces dernières années, à élargir la notion d'affaire (1). A côté de la gestion *objective*, qui consiste seulement à accomplir des actes de pure administration, ceux-là auxquels le maître aurait pu procéder, on veut introduire la gestion *représentative*, dont le domaine beaucoup plus étendu embrasse les actes d'acquisition et d'aliénation de droits, ou encore ces actes de fondation, grâce auxquels la société personne morale se constitue elle-même par l'entremise de ses fondateurs. Sans discuter ici, ce n'en est pas le lieu, cette extension donnée au concept d'affaires, nous ne pouvons néanmoins nous empêcher de remarquer combien singulière semble cette gestion, qui aboutit à la création du géré, combien éloignée aussi de l'hypothèse prévue aux articles 1372 à 1375 du Code civil.

Bien plus, doctrine et jurisprudence s'accordent à repousser l'application à la formation des sociétés, des règles que renferment ces articles. « Celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion » (art. 1372). Or nous avons vu que les fondateurs conservent jusqu'à la déclaration notariée la liberté d'abandonner leur projet. « Le maître dont l'affaire a été bien administrée doit rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites » (art. 1375), et les auteurs (2) enseignent que l'utilité doit s'apprécier à

(1) Planiol, t. II, n° 2274. — Cf. aussi une décision de la Cour suprême de Turin du 31 décembre 1904 (*Riv. di dir. com.*, 1905, t. II, p. 52 et la note de Pacchioni).

(2) Toullier, t. II, n° 51 ; Delvincourt, sur l'article 1375 ; Marcadé, sur l'article 1375 ; Aubry et Rau, t. IV, § 441 ; Demolombe, t. VIII,

l'instant où la gestion a été entreprise (*utiliter coeptum*), sans avoir égard aux cas fortuits qui ont contribué à la faire disparaître. Cependant le droit des fondateurs au remboursement de leurs avances dépend au contraire du résultat final de leur activité, c'est-à-dire de la constitution de la société, ainsi que du vote approbatif de l'assemblée générale constitutive (1).

Au reste, il convient de ne pas l'oublier, les promoteurs auront le plus souvent un intérêt pécuniaire à la naissance de la société, parce qu'ils se seront réservé une part dans les bénéfices qu'elle réalisera. Et cela encore fait qu'en contractant avec les souscripteurs, ils géreront moins l'affaire d'autrui que leur propre affaire.

c) Sur le fondement de cette observation, Renaud construit sa théorie de la souscription *contrat en faveur de la société par actions*. Les fondateurs, selon lui, stipulent un droit ou une prestation à effectuer (versement légal sur chaque action) au profit de la corporation future. Celle-ci en recueille directement le bénéfice ; elle fait valoir contre chaque associé une créance née dans son propre patrimoine lors de la promesse de souscrip-

n° 188. — En France, Delamarre et Le Poittevin, en Italie, Sraffa, *op. cit.*, soutiennent au contraire qu'en matière commerciale du moins, il faut s'en référer au résultat final de la gestion.

(1) Vivante, *loc. cit.*, p. 162. En Italie, l'article 126 du Code de commerce fournit un autre argument contre cette théorie ; il déclare en effet les promoteurs, personnellement tenus des obligations contractées en vue de la formation de la société et leur ouvrent seulement un recours contre celle-ci au cas où elle parvient à se constituer, de telle sorte que les tiers ne peuvent agir contre elle que par voie oblique, en exerçant les droits des fondateurs, ce qui est évidemment inconciliable avec le concept de gestion représentative (Navarrini, *Società ed associazioni comm.*, p. 451).

tion adressée aux fondateurs, qui n'a donc jamais appartenu à ces derniers et n'a pu faire de leur part l'objet d'une cession. D'après Vivante, la corporation, par l'organe de son assemblée générale constituante, ratifie les actes préliminaires conclus à son profit et déclare vouloir en profiter. La thèse du contrat en faveur d'un tiers permet aussi d'écarter toute action en nullité ou en dommages et intérêts intentée par les souscripteurs, victimes des manœuvres frauduleuses des promoteurs, contre le siège social, car les promoteurs contractent pour leur propre compte et non pas à titre de mandataires ou de gérants d'affaires de la société, étrangère à leurs agissements (1). Du reste l'article 1116 du Code civil suffit à le prouver : « Le dol, y est-il dit, est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. » Dans leurs rapports avec la société légalement constituée, les associés ne sauraient invoquer le dol des fondateurs pour faire rompre le lien contractuel qui les unit à elle.

Nous ne songeons pas d'ailleurs à tirer argument contre cette théorie de l'inexistence du tiers bénéficiaire et de sa naissance problématique à l'instant où un droit propre lui est acquis, tandis que ce droit a pour support, dans l'intervalle entre la stipulation et la naissance du tiers, l'accord conclu entre les parties contractantes, dont les effets ne débordent pas momentanément la sphère de leurs rapports réciproques, et qu'il constitue

(1) Benettini, *op. cit.*, p. 234. — En sens contraire : Wiener, *op. cit.*, p. 450 et suiv.

une simple expectative (1). Néanmoins, selon nous, le mécanisme de la stipulation pour autrui est impuissant à rendre compte de la situation des diverses parties en présence pendant la période constitutive. Et d'abord, pour qu'une pareille stipulation soit valable, l'article 1121 exige qu'elle soit « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre » (2). Assurément les fondateurs auront presque toujours un intérêt propre à la conclusion du contrat : la perspective de toucher une forte commission ou quelque part supplémentaire des bénéfices, à tel point que le législateur a dû soumettre au contrôle de l'assemblée générale le montant de ces allocations. Parfois cependant les statuts gardent le silence sur les avantages particuliers destinés à rémunérer le travail de fondation, et dans ce cas, la condition prévue à l'article 1121 fait défaut, car l'on ne peut raisonnablement considérer comme un intérêt capable de valider la stipulation, l'intérêt moral à doter le pays d'un nouveau centre d'affaires ou d'industrie.

Mais il y a mieux, en supposant l'existence d'un intérêt pécuniaire des fondateurs à contracter avec les souscripteurs, le contrat n'en serait pas moins nul. Il aboutirait non seulement à créer un droit au profit de la

(1) Von Thur, *Der allgemeine Teil des deutschen bürg. Rechts*, t. I, 1910, § 9. — En sens contraire : Bolchini, qui considère que dès l'ouverture de la période constitutive, la société possède, non pas seulement une expectative, mais un droit, que les fondateurs ont mission de sauvegarder, et d'exercer dès à présent, à titre de curateurs, en réclamant le versement légal sur chaque action et en assurant l'indisponibilité des fonds versés.

(2) Cf. article 1128 du Code civil italien.

société, droit de réclamer à chaque associé le paiement de sa souscription, mais encore à lui imposer des charges : obligation de respecter les droits fondamentaux des actionnaires (Sonderrechte), obligation aussi d'assurer aux porteurs de parts bénéficiaires les avantages prévus dans les statuts. Et l'article 1119 ne permet point d'engager autrui en son propre nom.

d) Si l'on écarte l'hypothèse d'un contrat en faveur des tiers, il ne reste qu'un moyen d'expliquer le lien direct du souscripteur avec la société, c'est d'admettre que celui-là s'oblige envers celle-ci immédiatement, sans passer par l'entremise des fondateurs. Et si l'on ne veut pas reculer la date de cet engagement jusqu'à la naissance de la nouvelle entité, ce qui, nous le savons, créerait un cercle vicieux, on est conduit avec M. Thaller à reconnaître à la corporation à l'état embryonnaire une certaine personnalité, qui en fasse, dès l'ouverture de la période constitutive, ou plutôt dès que deux adhésions sont recueillies, le titulaire des droits et obligations issus des contrats passés avec ses membres (1). Ainsi cette *personnalité purement interne* ne se manifeste qu'aux yeux des futurs associés, n'existe que pour les besoins de la fondation. La société douée d'une volonté autonome préside elle-même aux divers actes, par quoi cette fondation est réalisée.

Et cela est fort exact, et cela encore ruine l'opinion de ceux qui pensent que la société n'apparaît revêtue de la personnalité juridique qu'avec l'accomplissement de la

(1) Thaller, *Droit com.*, n° 501. — La jurisprudence anglaise semble bien s'être ralliée à l'idée d'un contrat passé entre la Compagnie et les actionnaires. Palmer, *Company law*, 1910, p. 37-38.

dernière formalité préliminaire, en vertu d'une fiction légale. Cependant M. Thaller n'abuse-t-il pas de cette notion de personnalité morale, n'étend-il pas outre mesure son champ d'application ? Et cette erreur procède d'un vice plus radical de la théorie : l'hypothèse d'un contrat entre la société et les souscripteurs. « En soi, dit M. Hauriou (1), la donnée d'une situation contractuelle entre une collectivité et les membres de cette collectivité, pour constituer les rapports de l'un des termes avec l'autre est incompréhensible, en ce que les deux termes ne sont pas des parties qui puissent s'opposer l'une à l'autre, mais des éléments d'un même tout organique. On n'imagine pas un contrat entre la tête et la main, ni un compromis juridique entre le cœur et la tête pour établir leurs relations organiques. » Nous n'en voulons comme preuve que l'impossibilité où l'on met la société de se transformer selon les exigences de l'heure présente. La convention intervenue entre elle et chaque actionnaire sur la base des statuts (2) interdit dorénavant

(1) Hauriou, L'institution et le droit statutaire, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1906, p. 177.

(2) Il s'agit ici en effet d'un contrat de nature spéciale, dans lequel l'une des parties fait la loi à l'autre, sans que celle-ci puisse la discuter et la modifier. Le souscripteur est censé accepter en bloc toutes les clauses et formules imprimées sur les bulletins de souscription. En réalité, il *adhère* aux stipulations de la charte qui lui est proposée, mais ne collabore pas à sa confection. Ces contrats dits « d'adhésion » ne doivent pas être interprétés aussi rigoureusement que les contrats par voie de concours. Le juge tiendra compte de la position d'infériorité dans laquelle se trouve placée l'une des parties. — Cf. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, Thèse Paris, 1905 ; Fortier, *Les pouvoirs du juge en matière de contrats d'adhésion*, Thèse Dijon, 1909 ; Pichon, *Les contrats d'adhésion, leur interprétation et leur nature*, Thèse Lyon, 1912. — Ces prétendus contrats « n'ont du contrat que le nom »

toute modification de l'acte social votée par l'assemblée générale extraordinaire ; de telles modifications ne sauraient dans tous les cas être valablement opposées aux actionnaires, qui n'auraient point participé au vote ou l'auraient combattu. Ou bien alors il faut présumer chez les souscripteurs, la volonté, au moment où ils s'engagent, de se soumettre aux décisions de la majorité. Vain expédient. Qu'est-ce qu'un contrat conclu sous ces réserves ? Le concept de personnalité interne, introduit en pareille matière, ne faciliterait la constitution de la société que pour en entraver plus tard le fonctionnement, sans compter que celle-ci resterait exposée à toutes les demandes en annulation de ces contrats individuels, fondées sur un vice originaire du consentement des souscripteurs.

B. — Les associations. — L'organisation de l'*association* à but désintéressé ne diffère pas sensiblement de celle de la société par actions. Toutes deux sont soumises à un régime corporatif ; leur constitution doit s'effectuer selon un même processus. Il est donc naturel d'assigner à l'une et à l'autre un fondement identique. Le législateur moderne n'a pu résister à cette tentation.

Tandis que la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats ne décrit pas le phénomène juridique, par lequel le groupement professionnel se réalise, l'article 1er de la loi du 1er juillet 1901, plus explicite, définit l'association : « *la convention*, par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs con-

(Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 229). En fait, la situation de droit qu'ils engendrent, naît de la déclaration unilatérale de volonté de l'adhérent. — Comp. *infra*, p. 188 et s ; Hauriou, note au S. 1908.3.17, sous Cons. d'Etat, 23 mars 1906, et *Principes de droit public*, p. 212. — *Adde* : Duguit, *Les transf. gén. du droit privé*, p. 121 et suiv.

naissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices », et il ajoute encore, afin de dissiper tout malentendu : « elle est régie quant à sa validité par les principes généraux du droit, applicables aux contrats et obligations. »

Ainsi l'association n'échappe pas aux règles générales des obligations. C'est la conception, consacrée par les XII Tables, du pacte statutaire conclu entre les associés qui s'engagent réciproquement, la conception, que dès le 25 octobre 1883, l'auteur de la loi actuelle, M. Waldeck-Rousseau, avait proposé au Sénat d'adopter, celle enfin qu'il exposa en termes très nets à la séance de la Chambre des députés du 21 janvier 1901 (1) et développa jusqu'à ses conséquences extrêmes. L'association, à ses yeux, était avant tout un contrat de personnes, s'analysant en une mise en commun de leurs connaissances ou de leur activité, indépendamment de tout apport pécuniaire ; elle était par elle-même incapable de rien posséder ; ce privilège devait lui être conféré par la reconnaissance d'utilité publique (art. 9 du projet déposé à la Chambre des députés le 14 novembre 1899). Mais l'association libre, non reconnue, ne pouvait vivre absolument dénuée de ressources ; aussi le projet, et c'était là son originalité, prévoyait-il l'adjonction au contrat primitif qui engendrait la seule union des personnes, d'un contrat distinct de société ou, à défaut de stipulation précise, d'une communauté de biens, for-

(1) « Si, disait-il, nous parlons de la liberté d'association, le mot est juste en ce sens qu'il n'est pas plus permis de contraindre quelqu'un à l'association que de le faire interdire. Mais s'il veut mettre ce droit en œuvre, il faut qu'il s'adresse à d'autres citoyens, il faut qu'il jette avec eux les bases d'une entente, qu'il forme, en un mot, un *contrat* ». *J. off.*, 22 janvier 1901.

mée entre les mêmes parties et destinée à leur procurer les ressources nécessaires à la poursuite du but idéal. M. Waldeck-Rousseau affirmait par là, une fois de plus, l'idée que les volontés individuelles, prises dans les liens contractuels ne peuvent, sans le secours de la loi, créer un nouvel être juridique. Certes nous n'approuvons pas cette construction, surtout la juxtaposition bien inutile d'une société à l'association, qui n'eût point empêché les associés d'accumuler des biens collectifs de main-morte, et néanmoins il nous est impossible d'enlever à l'auteur du projet le mérite d'avoir été jusqu'au bout fidèle à un principe : la théorie de Savigny sur la personnalité fictive.

On ne saurait en dire autant du texte définitif voté par les Chambres. Les dispositions nouvelles, introduites au cours des discussions parlementaires, paraissent se rattacher à des systèmes divers, et la loi actuelle n'est pas sans présenter de sérieuses inconséquences. La commission de la Chambre fit rejeter la théorie du contrat dédoublé et accorder à l'association simplement déclarée, une capacité restreinte. C'était abandonner pour un temps le point de vue individualiste et avouer la réalité du fait social s'imposant à l'Etat. Dans ces conditions, on eût compris également l'abandon de la définition malheureuse de l'article 1er. Malgré les objurgations de M. Beauregard (1) et le vote postérieur des articles 6 et 11, il n'en fut rien. La thèse contractuelle demeure à la base de notre législation relative aux associations.

Tout d'abord, l'article 1er de la loi prête le flanc à la

(1) V. *J. off.*, *Déb. parlem.*, Chambre, séance du 31 janvier 1901, p. 239.

critique, lorsqu'il semble refuser aux associés le droit de mettre en commun autre chose que leurs connaissances ou leur activité. Si l'on reconnaît à l'association la capacité de posséder un certain patrimoine social, pourquoi pas permettre, dans les limites de la loi, les apports mobiliers ou immobiliers (1) ? On aurait tort de n'envisager ici que l'union des personnes : en admettant que l'*intuitus personæ* joue un rôle plus considérable dans les groupements à but désintéressé que dans les sociétés civiles ou commerciales, les individus, leur intelligence et leur activité ne peuvent assurer, sans des apports pécuniaires, la satisfaction de l'intérêt collectif. Est-il bien sûr d'ailleurs que cette considération préside toujours à la naissance de l'association ? S'il en était ainsi, le contrat ne devrait pas survivre au décès de l'un des associés, cependant que les auteurs sont unanimes à décider le contraire (2) et que l'article 4 le laisse entendre : la retraite de l'une des parties n'entraîne pas la dissolution de l'association à durée illimitée (3).

Nous ne nions pas l'existence, en maintes occa-

(1) Pichat, *Le contrat d'association*, 1908, p. 14 ; Chavegrin, *J. des soc.*, 1911, p. 289. — En sens contraire, Trouillot et Chapsal, *Commentaire de la loi du 1er juillet* 1901, p. 39. « Il faut voir dans le silence de l'article 1er sur ce point un vestige du système préconisé par M. Waldeck-Rousseau, pour qui association et société se distinguent moins par le but poursuivi que par la nature des efforts qu'elles comportent. » — Cf. *infra*, titre III, chap. II, sect. I.

(2) Pichat, *op. cit.*, p. 144 ; — Comp. au contr. art. 1865-3° pour la société.

(3) L'article 3 du projet décidait « qu'en l'absence d'une stipulation relative à sa durée, elle (la convention d'association) pouvait être résolue par la seule volonté d'une des parties ». Il fut modifié par la commission de la Chambre, qui, sur ce point encore, abandonna la pure doctrine contractuelle (art. 1780 pour le louage, art. 1869 pour la société).

sions, d'un pareil contrat. Au demeurant, le principe de la liberté des conventions dans notre droit positif (art. 1134) suffisait à en garantir la possibilité. Nous reprochons seulement au législateur d'en avoir fait l'unique base, sur laquelle repose tout son édifice. Que les associés éprouvent parfois le besoin d'établir entre eux une union plus intime, alors ils ont recours au contrat, et l'hypothèse se présentera lorsque l'association formée entre un petit nombre d'individus souvent pour un temps déterminé, sans adopter l'organisation corporative, « se sera moulée dans le cadre purement communautaire de la société (1) ». Dans de telles circonstances, l'acte social est élaboré, les clauses en sont débattues par l'ensemble des associés, et tous aussi peut-être participent dans une égale mesure à la gestion du patrimoine collectif, placé sous le régime de la main-commune. Les coassociés se doivent mutuellement le concours qu'ils se sont promis sous peine de dommages intérêts. Leurs rapports contractuels s'imposent au respect des tiers. Mais une réalité juridique distincte des réalités individuelles, il n'y en a pas sous ce régime ; d'organisation unitaire, il n'est pas question. Tout se ramène à des relations d'individus à individus, et l'association, à laquelle est refusée la vie corporative, risque fort de manquer son but.

Il faut donc qu'au contrat fasse place, ou du moins vienne se superposer un phénomène d'ordre particulier, qui assure à l'association, lorsqu'elle comprend un personnel variable et qu'elle est appelée à déployer au dehors une certaine activité, une existence indépendante de celle de ses membres, soustraite à leurs volontés, parce qu'elle ne puise pas son principe uniquement en elles.

(1) Saleilles, *Pers. juridique*, p. 439.

SECTION II. — La thèse institutionnelle.

I. — Ses divers aspects.

A. — *Théorie de l'acte complexe.* — De plus en plus, aujourd'hui, l'idée se propage dans la doctrine que la fondation d'une société par actions ou d'une association ne repose pas sur un contrat (1). « C'est, dit M. Saleilles, une notion un peu simpliste dont on abuse beaucoup trop ; on fait rentrer dans les cadres du contrat une foule de phénomènes complexes qui s'en distinguent dans la réalité. Il suffit de se trouver en présence d'un acte de volonté si peu qu'il soit collectif et qu'il implique un rapport réciproque pour que l'on parle de contrat (2). » La caractéristique du contrat réside moins dans la pluralité des parties en présence et la concordance de leurs volontés que dans la transaction, qui met fin au conflit de leurs intérêts et les oblige l'une envers l'autre à des prestations d'objet différent. Le rapprochement des parties indique suffisamment que si elles ont toujours eu en vue

(1) Et même les auteurs, qui s'en tiennent à cette conception, la modifient quelque peu. Ils parlent d'une sorte de contrat *collectif*, qui serait conclu entre les associés à la *majorité des voix*, avec la décision de l'assemblée générale constitutive. Dans une récente monographie, nous relevons le passage suivant tout à fait symptomatique : « Il (l'acte constitutif de la société) est à la fois un contrat et *plus qu'un contrat*, à la fois générateur de personnes et d'obligations. » Naquet, *Des modifications aux statuts des sociétés par actions*, thèse Paris, 1910, p. 408. — Parmi les premiers partisans de la théorie nouvelle, il faut citer : Gierke, *die Genossenschaftsth.*, p. 132 et s. ; Jellinek, *System der subj. öffentl. Rechte*, Fribourg, 1892, p. 193 ; Behrend, *Lehrb. der Handelsrechts* (1896) ; Lehmann, *Recht. der Aktieng.* (1898), § 32. Aujourd'hui cette théorie rallie la majorité des auteurs allemands.

(2) Saleilles, *op. cit.*, p 429.

le même but : céder un bien, créer une obligation ou l'éteindre, elles se sont dans tous les cas placées à des points de vue opposés, qu'il y a eu discussion entre elles, chacune cherchant à occuper aux dépens de l'autre la meilleure situation possible, qu'enfin le traité de paix a été signé moyennant de mutuelles concessions, une abdication partielle de leur indépendance. Le résultat n'en est pas seulement une harmonie (Willenseinigung), mais aussi une liaison des volontés (Willensbindung) (1).

Or la pratique nous révèle l'existence d'un acte juridique similaire, auquel plusieurs personnes participent aussi, qui ne se confond cependant pas avec le contrat ; on l'appelle « l'acte complexe » (2). Si tous deux en effet supposent un concours de volontés, celui-ci n'admet pas, à la différence de celui-là, qu'elles soient enchaînées les unes aux autres. Il y a « parallélisme » d'un côté, « croisement » de l'autre (3). Des individus figurant à l'acte complexe se proposent d'atteindre un même but, mais à aucun moment leurs intérêts ne se sont heurtés ; il n'y a ni vainqueurs, ni vaincus, mais des collaborateurs, dont l'activité s'est toujours exercée dans le même sens. « Ils s'en vont, dit Kuntze, dès le début la main dans la main, ou du moins il n'y a rien dans leur volonté ou leurs aspirations qui s'oppose à ce qu'ils aillent la main dans la

(1) Kuntze, *Der Gesamtakt* ; *Festgabe der Leipziger Juristenfakültät für Dr Otto Müller* (1892), p. 44.

(2) C'est la traduction française du mot allemand : *Gesamtakt*. Sur l'historique de la théorie en Allemagne, cons. : de Bezin, L'acte complexe, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, 1905, p. 293-296.

(3) La formule est de Brondi, Atto complesso nel diritto publico, dans les *Studii giuridici dedicati a Francesco Schupfer*, Torino, 1898, p. 573 et suiv.

main. » Tels sont entre eux, dans le droit public, les divers organes qui contribuent à l'élaboration des lois, dans le droit privé, les signataires d'un même manifeste, les adhérents à une même souscription publique, les copropriétaires d'un même objet qui cèdent leurs droits à un tiers, ou bien, lorsqu'il leur est prescrit d'agir en commun, les mandataires, les exécuteurs testamentaires d'une même personne, les gérants d'une même société, etc. ; pour nous enfin, les associés fondateurs et souscripteurs au sein de la société par actions ou de l'association.

Et ce fait encore est une particularité de l'acte complexe que ses auteurs se trouvent d'accord moins pour modifier leurs rapports réciproques que pour se créer vis-à-vis des tiers une situation juridique nouvelle. C'est le cas par exemple, des copropriétaires unis pour vendre à un étranger le bien indivis, des gérants pour traiter avec le public les affaires de la société, c'est le cas également des fondateurs et membres d'une corporation, qui veulent faire apparaître aux yeux de tous un nouveau sujet de droits.

Néanmoins l'on ne s'entend plus lorsqu'il s'agit de déterminer le phénomène, par lequel une concordance parfaite s'établit entre les volontés et qui fait que les déclarations unilatérales se fondent en une seule ; car l'acte est complexe, mais il est un par ses effets ; il n'est pas la somme, mais le produit de ces déclarations, et chacune d'elles prise isolément sans le concours des autres reste dépourvue de toute efficacité juridique.

C'est le tort de quelques juristes (1) d'avoir méconnu

(1) Bolchini, La costituzione delle Societa comm. per azioni mediante publico sottoscrizione, *Riv. di dir. com.*, 1903, I, 436 ; Ramella,

le lien qui existe entre les déclarations unilatérales de participation à l'acte complexe ; si l'on pose le principe de leur indépendance mutuelle, on n'expliquera jamais leurs conséquences. Bolchini n'a pas su éviter cet écueil. Il a totalement oublié de nous dire comment il comprend qu'à la suite d'une série de promesses unilatéralement obligatoires, faites par les fondateurs et les souscripteurs à la société future, tandis qu'il passe sous silence l'élément qui sert à unifier ces promesses, la société prenne naissance moyennant l'accomplissement des formalités constitutives postérieures. Que plusieurs personnes soient disposées à s'obliger envers un être moral inexistant (à supposer que cela fût possible) (1), et il n'en résultera pas encore que cet être puisse naître, si l'engagement de chacun ne se présente pas dans des circonstances spéciales et notamment accompagné de l'engagement des autres. Bolchini n'a pas assez insisté sur cette solidarité des volontés.

D'autres l'ont aperçue, mais l'ont considérée comme un accident de la déclaration unilatérale, en faisant remarquer qu'au reste celle-ci n'acquiert une certaine valeur que lorsqu'elle est conditionnée par un ensemble de faits juridiques (Juristischer Thatbestand) (2). Ils ont nié

Natura delle obligazioni dei promotorie e sottoscrittori delle Societa per azioni, *La Societa per azioni*, octobre 1911, p. 297.

(1) D'ailleurs Bolchini ne se contente pas d'affirmer, d'une part que l'on peut s'obliger unilatéralement, d'autre part que l'on peut s'obliger ainsi envers une personne future, mais il admet même que l'existence de cette personne n'est pas nécessaire, quand l'obligation vient à être exécutée ; en effet, il est certain que la société créancière n'est pas encore née, lorsque les souscripteurs effectuent à son profit le versement légal sur chaque action. N'est-ce pas aller un peu loin !

(2) Gleitsmann, *Vereinbarung und Gesamtakt*, Halle, 1900. — Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 400 et suiv.

l'union intime entre les volontés et se sont contentés d'affirmer la réalité de leur concours, sans y voir la figure d'un acte singulier. « Chacun des fondateurs a un pouvoir propre dans la limite duquel il peut émettre des déclarations de volonté unilatérales et douées de valeur juridique. Le résultat total sera atteint lorsque tous les intéressés auront, chacun dans la mesure de leur quote-part de pouvoir, émis des déclarations de volonté concordantes ; il faut répéter ici que le tout est la somme des parties (1). »

Si cette analyse rend un compte exact de la situation des copropriétaires agissant en commun, elle devient tout à fait insuffisante quand on l'applique aux actes de fondation. A notre avis, il faut en convenir ; nous sommes ici en présence d'une opération vraiment originale, d'un concept nouveau, qui s'impose et se caractérise essentiellement par la fusion des volontés concourant à l'acte complexe. Comment donc s'opère cette fusion ? Question délicate, mais qu'il serait superflu de chercher plus longtemps à éviter.

Un premier point de vue a prédominé d'abord, qui consistait à la rattacher à un accord (Vereinbarung) entre les individus sur le but à poursuivre, et à *l'identité d'objet* de leurs déclarations. D'après une seconde opinion, au contraire l'explication se trouverait dans une *action commune extérieure* de ces individus (Gesamtakt) (2).

(1) De Bezin, *loc. cit.*, p. 333 et 334.

(2) Bien que Kuntze se soit servi du mot : Gesamtakt, il est assez difficile de dire qu'il ait pris parti pour cette théorie. Cf. Kuntze, *loc. cit.*, p. 59.

Mais, d'un côté, il n'est pas vrai qu'entre les intéressés une union aussi complète existe toujours (souvent les décisions de l'assemblée constitutive sont prises à la majorité des voix), sans compter qu'on s'explique mal comment, du fait que deux personnes se trouvent vouloir la même chose, il résulte une fusion de leurs volontés (1). Et d'autre part nous ne voyons pas davantage que les intéressés agissent toujours en commun ; la fondation de la société par actions ou de l'association se réalise le plus souvent par adhésions successives. Au surplus n'est-ce pas prendre l'effet pour la cause, et comment une action commune pourrait-elle, à elle seule, fondre les déclarations unilatérales en une déclaration de volonté complexe ? Il faut chercher ailleurs l'explication du phénomène d'unification.

B. — *Théorie de M. Hauriou* (2). *L'opération complexe à procédure.* — La construction de M. Hauriou est basée tout entière sur sa distinction du fait et de l'acte juridiques. Tandis que d'après une classification couramment admise, les actes juridiques sont des faits juridiques volontaires, et les faits juridiques proprement dits, des faits involontaires (naissance, mort, etc.), pour cet auteur, les premiers doivent se définir : « des actions en voie d'accomplissement, qui tendent à un résultat juridique » ; autrement dit : « *ce qui arrive* », et les seconds, des faits même volontaires, pourvu qu'ils soient accomplis et exécutés, en d'autres termes « *ce qui est arrivé* ». Or il faut reconnaître qu'une manifestation actuelle de vo-

(1) Cf. Duguit, *op. cit.*, p. 400 et suiv.

(2) L'institution et le droit statutaire, *op. cit.*, p. 171 et suiv. *Principes du droit public*, p. 143 et suiv.

lonté peut adhérer à une manifestation de volonté passée, qui n'est plus qu'un *fait* de consentement et que par cette adhésion elle devient aussi un fait de même nature, auquel d'autres volontés adhéreront à leur tour, et ainsi de suite. Les volontés n'apparaissent plus alors toutes en *acte* au même instant. Et cependant elles ne sont pas isolées les unes des autres, elles participent à une même opération complexe, qui se déroule selon un processus déterminé jusqu'à ce que l'effet de droit final soit atteint. L'encadrement de ces adhésions dans une même *procédure extérieure*, par quoi fonctionne l'institution, qui ramène à l'acte, mais cette fois à un acte objectif, les volontés éparses, tel est en résumé le secret de leur efficacité juridique. « Quant à la fondation de la société, dit M. Hauriou : c'est un phénomène d'ordre statutaire. Les fondateurs prennent l'initiative de cette fondation en faisant un acte juridique prévu par une procédure et suivi d'un certain nombre de faits d'exécution (souscription du capital social, etc.). A mesure que l'acte de fondation s'exécute ainsi par la procédure de la période constitutive, il devient un fait auquel les actionnaires adhèrent,et ce fait n'est autre que l'individualité objective de la société fondée (1). »

La théorie est assurément originale, et par certains côtés très exacte. M. Hauriou a raison d'affirmer que les volontés des adhérents à l'acte complexe ne communient ni par l'identité de l'objet des déclarations unilatérales, ni dans l'action commune extérieure. Mais, par d'autres côtés,son analyse est incomplète. En sociologue, il attribue une importance, que d'aucuns trouveront peut-

(1) Hauriou, *op. cit.*, p. 179.

être exagérée, à la procédure dans la formation des corporations. Il s'en tient à un point de vue trop exclusivement objectif, tandis que le droit privé, sur le terrain duquel nous entendons nous placer, considère davantage le côté subjectif. L'erreur manifeste de M. Hauriou a été d'assimiler entièrement la confection de la loi, l'instance en justice, ou encore la procédure administrative de l'expropriation pour cause d'utilité publique, à la fondation de la société par actions ou de l'association, alors que dans cette dernière opération il intervient, nous l'allons voir, un élément subjectif tout à fait étranger aux autres.

C. — *Notre théorie.* — C'est qu'en effet société par actions et association sont des personnes morales, partant des êtres doués d'une volonté propre et comme on l'a très bien dit, cette volonté, qui trouve son expression dans la charte statutaire, « constitue l'unité de la personne corporative » (1). La rédaction des *statuts* est le point de départ de la période constitutive ; elle est aussi la source de cette vie associationnelle, dirigée vers un but collectif, qui s'impose aux individus, de telle manière que leur volonté particulière ne puisse pas l'en détourner. L'idée d'affectation ne domine pas moins l'*association* que la *fondation*, et si les procédés de réalisation du but social varient avec l'un et l'autre, dans les deux cas cependant « la charte d'institution marque le but pour lequel l'organisme a été créé » (2), dans les deux cas le rôle des fondateurs doit être identique, et il faut le reconnaître considérable, puisque c'est en eux que ces

(1) Saleilles, *op. cit.*, p. 584.
(2) Saleilles, *op. cit.*, p. 427.

êtres juridiques puisent le principe et la raison d'être de leur existence.

Or cette volonté collective, à l'état latent dans le statut corporatif, c'est elle qui va s'affirmer, se préciser par les déclarations unilatérales d'adhésion (1), elle qui fera que celles-ci, bien que peut-être successivement émises, n'apparaîtront pas isolées les unes des autres, parce qu'elles seront les rayons issus d'un même centre, les cellules d'un même organisme, organisme certes encore bien informe, mais renfermant déjà le principe vital que lui ont insufflé ses fondateurs.

Reste à savoir si, pour arriver à son complet développement, l'être moral ne suit pas une marche déterminée, fixée à l'avance, cela jamais nous ne l'avons nié, et en ce sens nous accordons volontiers à M. Hauriou « que la procédure objective en fonctionnant réalise le statut au nom de l'institution ». Mais à considérer toujours et uniquement l'association et la société pendant leur phase préparatoire sous leur face organique, ou si l'on préfère, du point de vue de leur individualité objective, qu'engendre peu à peu le fonctionnement d'une procédure, on risque fort de ne plus pouvoir, au cours de leur existence, leur reconnaître la personnalité juridique. Car l'organisation institutionnelle n'est qu'un des éléments de cette personnalité, elle n'est qu'un rouage mis au service d'une *volonté collective*, une et indépendante, sans laquelle l'entité juridique ne se comprend plus, et cette volonté

(1) « C'est la volonté du groupement futur se développant successivement et prenant corps, qui s'affirme elle-même dans cet acte. » Gierke, *die Genossenschaftsth.*, p. 131. Et Brondi se sert pour désigner le lien qui unit les volontés parallèles de l'expression suivante : l'*appartenanza ad una data collectivita.*

collective, il convient de le répéter, n'a pas sa source ailleurs que dans les statuts élaborés par les fondateurs au début de la période constitutive.

La conclusion de ces développements que nous aurions voulus moins arides, sera donc que la vie de l'association et de la société par actions, personnes morales ne peut dans aucun cas être conditionnée par un contrat initial entre leurs membres (1). Est-ce à dire que nous repoussions totalement l'application du concept contractuel aux rapports préliminaires à la naissance de la corporation ? En aucune façon ? Aussi bien, nous avons admis l'hypothèse d'un contrat entre fondateurs ayant pour objet de préparer la constitution d'un nouveau sujet de droits. Aussi bien encore, on le sait, il s'établit entre les souscripteurs et les fondateurs d'une société anonyme un lien obligatoire, qui permet à ceux-ci de récolter le nombre d'adhésions nécessaire pour procéder à la déclaration légale des souscriptions et des versements et garantir à ceux-là une juste répartition entre eux des actions. Et c'est même à l'occasion de ce contrat, cachée sous ce voile, que se produit la déclaration unilatérale de participation des souscripteurs à l'organisme en voie de formation.

Mais pourquoi n'irait-on pas plus loin et n'admettrait-on pas, selon les circonstances, l'existence d'une convention entre les futurs actionnaires eux-mêmes ? En vérité

(1) « L'association envisagée comme une réalité, ne nous apparaît pas comme un faisceau d'activités employées à exécuter une série de contrats réciproques, mais comme un organisme spontané et libre qui se déploie dans le sens du pacte statutaire, en vue de la réalisation du but visé par les statuts. » — Saleilles, *op. cit.*, p. 431.

les choses ne se passent pas autrement dans l'hypothèse de fondation simultanée d'une société anonyme, tandis que les fondateurs se partagent la totalité des actions sur des bases qu'ils arrêtent par contrat (1). Alors la distinction, pour subtile qu'elle soit, doit néanmoins être faite. En souscrivant le nombre d'actions qui lui a été assigné, chaque fondateur n'exécute pas seulement l'obligation assumée envers ses coassociés dans la société ou l'association en participation préliminaire, il émet aussi une déclaration unilatérale d'adhésion aux statuts de la future société par actions. Dans le cas où il aurait souscrit plus que sa part, il ne pourrait, quant à cet excédent, être poursuivi en exécution de sa souscription par l'action *pro socio*, mais il serait obligé de le verser en vertu de sa déclaration, si toutefois les autres fondateurs ne s'étaient pas réservé le droit de lui refuser ce supplément d'actions (2).

Il y a mieux enfin. On peut supposer que les futurs actionnaires concluent un contrat non seulement pour se répartir les actions, mais pour régler certains détails qui ne visent que leurs rapports réciproques à un moment où la corporation n'existe pas encore ou bien n'existe plus, par exemple, le mode de partage des biens sociaux après la dissolution de la société. Mais ces contrats sont purement préparatoires ou accessoires ; ils ne concernent nullement le fonctionnement de la corpo-

(1) Le vocabulaire juridique allemand comprend deux termes différents pour désigner la souscription d'actions, selon qu'elle a lieu entre les seuls fondateurs ou qu'elle est rendue publique : au premier cas, il y a *Uebernahme* (participation) ; au second cas : *Zeichnung* (souscription proprement dite).

(2) Lehmann, *Recht der Aktieng.*, I, § 29 et § 32.

ration ; tandis que les uns ne produisent d'effets qu'après sa disparition, les autres s'évanouissent, parce qu'exécutés, aussitôt qu'elle devient parfaite, comme, à l'inverse, ils sont privés de toute force obligatoire, lorsqu'elle n'arrive pas à l'existence ou n'y arrive pas dans les délais et sous les conditions prévus par les parties. En tant que ces contrats garantissent aux futurs associés des droits fondamentaux (Sonderrechte) ou leur imposent des devoirs (Sonderpflichte) inhérents à cette qualité, ils se fondent dans le Statut, qui n'est pas autre chose que le règlement des rapports de la corporation avec ses membres, et qui, lui, ne repose pas sur des bases contractuelles (1).

Pour nous résumer, nous dirons avec M. Hauriou « qu'il y a lieu de distinguer la ligne de l'être collectif qui n'est pas contractuelle et la ligne de la solidarité entre associés que l'on peut admettre contractuelle » (2), sauf à faire observer toutefois que celle-ci s'efface devant celle-là pendant la durée de l'association et de la société.

II. — Quelques conséquences de la théorie institutionnelle.

Il ne faudrait pas croire que ce débat sur le fondement de la corporation personne morale eût une portée purement théorique. Loin de là, et nous avons hâte d'indiquer quelques conséquences pratiques de la thèse que nous avons soutenue. Nous les répartirons en deux grou-

(1) Gierke, *die Genossenschaftsth.*, p. 114 et suiv. — Les statuts renvoient tacitement aux contrats ordinaires de souscription et expressément aux contrats, qui tendent à assurer à des actionnaires isolés ou à un groupe d'actionnaires des avantages spéciaux. Mais, dans tous les cas, les clauses qui y sont insérées puisent désormais leur force obligatoire dans le droit statutaire.

(2) Hauriou, *Recueil*, etc., 1906, p. 181 et 182.

pes, selon qu'elles se manifestent pendant la période constitutive ou après sa clôture.

I. — *a*) Tout d'abord on se demande dans la théorie contractuelle à quel moment le souscripteur se trouve obligé, ce qui revient à savoir à quel moment la convention s'est formée entre lui et les fondateurs agissant pour leur propre compte, pour le compte des autres souscripteurs, ou enfin pour le compte de la société. Le prospectus est-il une offre ou une simple invitation à offrir ? Le souscripteur, en remplissant le bulletin d'adhésion, s'engage-t-il irrévocablement, ou bien doit-on lui permettre de rétracter son offre tant que les fondateurs ne l'ont pas acceptée, sauf à rechercher quand intervient cette acceptation ?

Avec notre théorie la question ne se pose plus en ces termes. Il n'est pas douteux que la souscription d'actions constitue une déclaration unilatérale de volonté, que toute adhésion aux statuts de la corporation oblige par elle-même son auteur. Dès que le souscripteur n'est plus en mesure de revenir sur sa déclaration, il est engagé : ainsi, lorsqu'après avoir signé le bulletin d'adhésion, il s'en est dessaisi, ou lorsqu'il s'est fait inscrire sur le registre des souscriptions. Mais cela ne veut pas dire que dès à présent, il ait acquis un droit à faire partie de la société et de l'association. Les deux moments de la *naissance de l'obligation et de l'acquisition du droit* doivent être séparés (1) ; nous avons précédemment indiqué à quel acte il convenait de rattacher cette dernière (2).

(1) Lehmann, *op. cit.*, § 32.

(2) Avec l'acceptation des fondateurs, le souscripteur acquiert déjà un droit conditionnel au titre d'associé, droit qui deviendra définitif lors de la répartition des actions.

Du principe que le souscripteur est lié, à partir du jour où il a manifesté sa volonté d'adhérer à la charte corporative, il résulte que sa mort survenue dans l'intervalle entre sa déclaration et l'acceptation des fondateurs, n'éteint pas son obligation qui passe à ses héritiers ; et cette obligation subsisterait également, au cas où une incapacité quelconque de fait ou de droit viendrait à le frapper dans le même intervalle (1). Des solutions contraires s'imposeraient avec la théorie de la souscription-offre de contrat (2).

b) Il n'est pas rare que des associations, personnes morales, fassent partie concurremment avec des personnes physiques d'autres associations, encore moins que de grandes sociétés financières ou industrielles s'intéressent à la constitution de sociétés par actions. Or ces associations et ces sociétés agissent par l'intermédiaire d'un représentant, directeur ou administrateur, qui peut être tenté aussi, pour son propre compte, soit de participer à la fondation, soit de souscrire des actions. Si l'on admet que la corporation a pour fondement un rapport contractuel entre ses membres, il ne paraît pas possible de valider la déclaration du représentant faite à un double titre : au nom du groupement représenté et

(1) Mais lorsque le souscripteur est déclaré en faillite ou que sa déconfiture survient postérieurement à la déclaration d'adhésion, il est plus que probable que les fondateurs l'écarteront lors de la répartition et que la question ne se posera pas de savoir s'il était obligé dès avant l'ouverture de la faillite ou de la déconfiture.

(2) La jurisprudence décide en effet que l'offre tombe de plein droit, si elle n'a pas été acceptée avant le décès de son auteur (Cass., 21 avril 1891, S. 95.1.308) ; une solution semblable est admise par la doctrine pour le cas d'incapacité. Cf. Planiol, t. II, n° 980.

en son nom personnel, car elle n'est autre que la conclusion d'un contrat avec soi-même, et l'organe de la personne morale pris entre son intérêt et son devoir (1) risquerait de sacrifier le second au premier.

Avec notre conception, la difficulté disparaît. Les volontés ne se croisent plus, mais concourent parallèlement vers un but unique sous une même discipline, le statut corporatif. Sans doute, on nous objectera que pendant la période préparatoire des contrats se forment soit entre les seuls fondateurs, soit entre les souscripteurs et les fondateurs, auxquels le représentant de la société donne son consentement tant en son nom propre qu'en cette qualité. Mais il faut se rappeler que l'adhésion au fait social, parce qu'elle est un acte unilatéral, conserve une efficacité juridique, indépendante de la force obligatoire du contrat qui lui sert d'enveloppe et qu'on ne saurait puiser dans celui-ci des exceptions à faire valoir contre la régularité de celle-là (2).

II. — *a*) Cette observation va nous permettre aussi d'élucider la grave question de l'effet d'un vice de consentement sur la validité des souscriptions et particulièrement des effets du dol, commis par les fondateurs dans leurs rapports avec les souscripteurs, vis-à-vis de la corporation définitivement constituée (3).

La doctrine et la jurisprudence françaises n'ont point,

(1) Demogue, *loc. cit.*, p. 298.

(2) Ramella, *op. cit.*, p. 298.

(3) Tant que la corporation n'a pas dépassé la période préparatoire, l'annulation de la souscription pour cause de dol n'a pas d'inconvénient pratique, puisque la société est supposée n'avoir pas encore fonctionné.

en général (1), osé prononcer la nullité de la société par actions pour cause de nullité d'une souscription entachée d'un vice de dol. Cette solution, très logique assurément, puisqu'en pareille circonstance la condition de souscription intégrale du capital social fait défaut, dépasserait le but à atteindre. Mais il est admis que le dol annule la souscription viciée, pourvu que les manœuvres employées aient été la cause déterminante de l'adhésion du souscripteur (2) et que celui-ci n'ait point confirmé son engagement. La nullité n'est pas opposable aux créanciers sociaux, parce que le dol ne peut être invoqué que contre ses auteurs et que les créanciers agissent contre le souscripteur en vertu d'une action directe (3).

La jurisprudence et la doctrine allemandes professent une opinion contraire, plus exacte à notre avis : la souscription, provoquée par des indications trompeuses du prospectus, des artifices des fondateurs, est valable vis-à-vis de la société. Celle-ci demeure étrangère à toutes les conventions préparatoires à sa naissance ; on ne peut exciper contre elle de leur nullité (4). Et il est

(1) Cf. cependant : Percerou, *op. cit.*, p. 36 ; Douai, 19 août 1887, *J. Soc.*, 1888, p. 102 ; Cass., 30 juillet 1895, S. 1896.1.288 (augmentation du capital social).

(2) Cf. Houpin, n° 450, et les arrêts qu'il cite ; Thaller, n° 517 ; Floucaud-Pénardille, t. I, n° 323 ; Vavasseur, t. I, n° 291 ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 689.

(3) Thaller, n° 517.

(4) Cf. Wiener, dans la *Z. f. d. g. H. R.*, Bd. 24, p. 450 et suiv. ; Staub, *Kommentar*, p. 583 et les décisions qu'il cite, et Staub dans : *Holdheims Monatschrift*, t. X, p. 133 ; Cosack, t. III, p 563 ; Lehmann, *Lehrbuch*, p. 398, note 4 ; Jacobsohn, dans les *Ihering's Iahrbücher*, t. 56, p. 387 et suiv. La jurisprudence *suisse* n'est pas moins formelle

remarquable que cette solution soit admise par des auteurs comme Ring (1) et Wiener, qui font reposer la société par actions sur un contrat entre les associés ; car, d'après eux, il n'y a pas seulement dans la souscription, une promesse à l'égard des autres actionnaires de fournir certaines prestations, mais une déclaration d'obligation, qui dépasse le cercle des parties contractantes et garantit à quiconque entrera en relations avec la société, que le fondement de celle-ci ne sera pas ébranlé.

Nous ne croyons pas nécessaire, pour écarter l'action ou l'exception tirée du dol des fondateurs, de recourir à semblable explication. Si dans la souscription d'actions on voit un contrat conclu entre la société et ses membres par l'entremise des fondateurs, quoi qu'on fasse, on ne saurait empêcher que le dol de ces derniers annulât l'obligation des actionnaires à l'égard de la société, au nom et pour le compte de laquelle il a été agi. Nous avons reconnu au contraire à l'acte d'adhésion aux statuts un caractère unilatéral, qui le rend indépendant de tous les contrats accessoires et préparatoires ; par suite, les agissements dolosifs des fondateurs vis-à-vis des souscripteurs doivent être inopposables à la société. On objecte cependant que l'article 1116 du Code civil ne s'applique pas alors, que dans le domaine des actes unilatéraux l'annulation pour dol n'est plus soumise aux mêmes restrictions qu'en matière contractuelle,

en ce sens, p. 145-148. Cf. Silbernagel, *op. cit.* Même solution également en *Italie* : Vivante, t. II, n° 431 ; Manara, *Società e associazioni*, I, n°s 61 et 64 ; Benettini, *op. cit.*, p. 235 ; Ramella, *op. cit.*, n° 7 ; Cour d'appel de Milan, 31 décembre 1889 (*Temi gén.*, 1890, p. 312) et 21 octobre 1909.

(1) Ring, *das Reichsgesetz betreffend*, etc., 2e édit., p. 229 et suiv.

qu'on a pas ici à rechercher qui a commis le dol (1) (ainsi en est-il dans l'hypothèse d'annulation de l'acceptation ou de la répudiation d'une succession). A cette argumentation, il convient de répondre que précisément la déclaration d'adhésion est un acte unilatéral de nature particulière, parce qu'elle tend à la constitution d'un nouveau sujet de droits, titulaire, aux yeux de tous, d'un certain capital que ses créateurs lui ont assigné, dont il ne peut être privé sous aucun prétexte (2), parce que la volonté du souscripteur rendue publique s'absorbe désormais dans la volonté collective réalisée conformément aux statuts.

D'ailleurs la victime du dol ne reste pas complètement désarmée, elle a le droit d'exercer un recours contre les auteurs des manœuvres frauduleuses, fondateurs et banquiers émetteurs, recours basé sur l'article 1382 du Code civil. Faut-il, en outre, lui permettre d'intenter une action en dommages-intérêts contre la société ? Beaucoup d'auteurs l'admettent, alléguant que la personne morale est obligée par les délits que commettent ses organes dans la conduite des affaires sociales (3) ; mais ils s'empres-

(1) Von Thur, *op. cit.*, § 34.

(2) Cf. Wieland, die Rechte der Gesellschafters gegenüber der Handelsgesellschaft, welche ihn durch Betrug zum Beitritte veranlasst, *Z. f. d. g. H. R.*, 1909, p. 58. Il ne suffirait pas de dire que, par son adhésion, le souscripteur s'oblige non seulement envers la société, mais aussi envers les créanciers sociaux, car alors la nullité pour dol devrait toujours pouvoir être opposée au moins à la société, partie contractante. D'ailleurs, à quel titre, celle-ci serait-elle autorisée à parler au nom de ses créanciers ?

(3) Wieland, *op. cit.* ; Moos, Schadensersatzansprüche des betrogenen Aktienerwerbers gegen die betrügende Aktieng. *Z. f. d. g. H. R.*, 1911, p. 184.

sent d'apporter des restrictions à l'ouverture de l'action : Le Reichsgericht l'écarte, en déclarant très judicieusement que faire valoir une créance de dommages-intérêts de valeur égale au montant de l'apport pécuniaire, équivaut à réclamer le remboursement de cet apport pendant la durée de la société, ce que le paragraphe 213 du H. G. B. interdit (1). Il pose le principe que la demande de l'associé lésé ne doit pas porter préjudice aux intérêts des créanciers sociaux, qu'il ne peut par exemple compenser cette créance avec sa dette d'apport, ni venir en concours avec ces créanciers dans la faillite sociale.

A notre avis, il convient de se placer sur un autre terrain. Il est faux, nous l'avons vu, de prétendre que les fondateurs, dans leurs rapports avec les souscripteurs, représentent la société en formation ; ils agissent pour leur propre compte, et à ce titre ne peuvent obliger l'être moral embryonnaire par leurs délits (2).

La solution inverse se justifie en Angleterre, où la société par actions, qui acquiert la personnalité juridique avec la délivrance d'un premier certificat d'incorporation, recrute elle-même son personnel d'actionnaires ; lorsque ceux-ci se trouvent avoir été déterminés à souscrire par une inexactitude importante contenue dans le prospectus, ils ont la faculté d'intenter contre le siège social, soit une action en rescision de leur contrat, soit une action en dommages-intérêts (3). Mais « il est curieux, dit

(1) Décision du 14 mars 1903 (*Reichsg. Entsch.*, t. LIV, p. 133).
(2) Vavasseur (5e édit.), n° 366.
(3) Dans certains cas, l'action de *deceit* ne fait pas double emploi

M. Segnitz, de noter que les règles sur l'acquisition de la personnalité morale s'opposent à l'exercice de l'action en rescision par les signataires de l'acte d'association. (Memorandum). C'est en effet seulement après qu'ils ont souscrit, que la société a pu juridiquement commettre une inexactitude » (1).

Quant aux autres causes de nullité, violence ou erreur, elles n'annulent la souscription, acte constitutif, que lorsqu'elles entraînent une absence totale de consentement (2). L'exigence d'un minimum de volonté doit en effet l'emporter sur toute autre considération.

La loi du 1er juillet 1901 décide que l'association « est régie quant à sa validité par les principes généraux du droit applicables aux contrats et obligations » ; c'est une règle qui a subsisté du projet élaboré par M. Waldeck-Rousseau. Mais par ailleurs (art. 5 et suiv. de la loi de 1901) le législateur semble avoir abandonné le point de vue primitif. Quoi qu'il en soit, l'association, dans la plupart des cas, est une institution dont l'existence ne dépend pas de celle de ses membres. Les causes qui peuvent vicier la volonté de l'un des associés ont pour conséquence de rendre annulable son adhésion à la corporation ; elles ne sauraient anéantir la corporation elle-même. En-

avec l'action *en rescision* ; en effet, tandis que celle-ci doit être introduite dans un assez court délai, celle-là ne se prescrit qu'au bout de six mois, tandis que celle-ci ne peut être intentée que contre un co-contractant, celle-là peut être exercée contre tout auteur du dol. Cf. au surplus, pour les autres conditions d'exercice, H. Segnitz, *Le prospectus dans les sociétés anglaises par actions*, p. 65 et suiv.

(1) Segnitz, *op. cit.*, p. 73.

(2) Il faut que l'erreur ait porté sur les points essentiels du contrat, et non sur des rapports accidentels. Pour l'*incapacité*, on doit appliquer les principes généraux des contrats.

core y aurait-il lieu de reproduire ici l'observation faite précédemment à propos de la société par actions : le dol des fondateurs n'est opposable à l'association, ni par voie d'action, ni par voie d'exception, dans la mesure où il ne provoque pas chez l'associé une erreur susceptible de détruire entièrement son consentement (erreur sur la nature de la convention, sur l'identité d'objet), car les fondateurs n'agissent pas vis-à-vis de lui au nom de l'être moral (1).

b) Nous signalerons enfin l'heureuse solution que la thèse institutionnelle permet d'apporter à la question, tant discutée dans ces dernières années, des pouvoirs de l'assemblée générale à l'effet de modifier les statuts d'une corporation. Part-on de cette idée que les statuts ne sont que la preuve d'un contrat intervenu entre quelques individus, auquel d'autres ont adhéré par la suite, on est contraint à décider que, ce que l'unanimité des parties a lié, l'unanimité seule est capable de le délier faute d'une stipulation contraire ; conception arriérée, dont la pratique n'a pu longtemps s'accommoder. De bonne heure la nécessité s'est fait sentir d'une adaptation du règlement statutaire aux circonstances économiques nouvelles, adaptation réalisée par l'organe de l'assemblée générale des associés, sans qu'il soit besoin d'obtenir le consentement de chacun d'eux. On sait comment la

(1) Von Thur est d'avis qu'il ne convient pas d'étendre aux associations idéales du B. G. B. les solutions de la jurisprudence allemande sur la non-recevabilité des demandes en annulation pour un vice quelconque de volonté dans les sociétés par actions, et il insiste sur cette idée que, dans les associations sans but lucratif, la nécessité de protéger l'associé, dont le consentement n'a pas été libre, doit l'emporter sur l'intérêt des créanciers sociaux (*op. cit.*, § 34).

jurisprudence, en matière de société par actions, proposa et continue à proposer comme critérium des modifications permises, dans le but de concilier les vieux principes avec les exigences de la pratique, la distinction entre les éléments essentiels des statuts et les éléments secondaires, seuls susceptibles d'être modifiés à la majorité des voix (1).

Dans une note magistrale sous un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1892, M. Thaller a, le premier en France, abandonné les errements jurisprudentiels (2). D'après cet auteur, si le statut s'appuie sur le contrat de société, en est la conséquence, il n'est pas ce contrat lui-même, mais bien plutôt la loi intérieure que la personne morale « se superposant aux actionnaires » se donne à elle-même, qu'elle peut donc changer au cours de son existence. Sa volonté en ce sens se manifeste par l'organe de l'assemblée générale extraordinaire, « l'âme même de la personne morale réglant les intérêts de la collectivité ou, si l'on préfère, l'instrument de la volonté supérieure de la compagnie ». Et M. Thaller résume sa pensée dans cette formule célèbre : « modifier les statuts, c'est non pas détruire ou renouveler un contrat, mais perfectionner un organisme » (3).

Nous ne saurions mieux faire que de l'approuver, nous

(1) Orléans, 9 janvier 1901, D. 1903.2.201 et note Fraissingea ; Req., 6 janvier 1903, D. 1904.1.145 et la note Guenée ; Cass., 6 février 1903, D. 1905.1.265 et note Thaller ; Cass., 2 février 1910, D. 1910.1.125 ; C. Paris, 16 février 1911, *Gaz. Pal.*, 1911 2.130, *R. S.*, 1912, p. 56 ; Cass. req., 22 janvier 1912, *Gaz. Pal.*, 1912 1.324, *Rev. des soc.*, 1912, p. 288 ; Trib. com. Nantes, 18 octobre 1911 et C. Rennes, 3 juillet 1912, *J. S.*, 1913, p. 18.

(2) D. 93.1.108.

(3) *Droit com.*, n° 690.

qui avons été jusqu'à soutenir que la personnalité juridique de l'association et de la société par actions ne dérivait pas d'un contrat initial entre leurs membres, mais d'un acte de fondation collectif, suivi s'il y a lieu de déclarations successives et unilatérales d'adhésion à la charte de la nouvelle institution. L'être qui en résulte est avant tout un être organisé, capable de prendre par lui-même des décisions (1) et comme un individu de régler sa conduite sur les nécessités de l'heure présente ; son fonctionnement n'a rien qui rappelle l'exécution d'un contrat ou d'une série de contrats réciproques ; il possède véritablement une vie autonome.

Est-ce à dire qu'il n'y ait pas de limites à cette autonomie ? Et l'assemblée générale peut-elle apporter aux statuts toutes les modifications qu'il lui plaît ? Une telle affirmation suffirait à ruiner notre doctrine. En réalité la thèse institutionnelle, elle aussi, respecte les *droits individuels des associés* (2) ; seulement elle voit leur fondement ailleurs que dans un prétendu contrat passé entre la corporation et ses membres. Car s'en tenir à ce point de vue (3), c'est encore rechercher l'intention présumée des

(1) Nous verrons qu'il possède cette aptitude dès avant sa constitution définitive, pendant sa période de formation (cf. *infra*, t. III, chap. I).

(2) Sur ces droits individuels, cons. Bourcart *De l'organisation et des pouvoirs des assemblées générales dans les sociétés par actions*, 1905, p. 49 et suiv., p. 290 et suiv. ; Cluzant, *Les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire de la société par actions et les droits propres de l'actionnaire*, thèse, 1906, p. 73 et suiv. ; Lanquest, *Droits de l'actionnaire*, thèse, 1908 ; Naquet, *Des modifications aux statuts des sociétés par actions*. Thèse, Paris 1910.

(3) Thaller, au D. 93.1.113 ; Lacour, note au D. 94.1.135 ; Guenée, note précitée ; Boutaud, note aux *Pand.*, 1905,1.307 ; Michoud, t. II, p. 22.

parties contractantes et, selon les interprétations, allonger ou raccourcir indéfiniment la liste de ces droits propres. — ou bien, avec MM. Lyon-Caen et Renault (1), admettre que « parmi les droits individuels se trouve celui de s'opposer à tout changement des statuts auxquels chaque actionnaire adhère », — ou bien, avec M. Bourcart (2), « qu'il n'y a pas de Sonderrecht général et absolu, conférant à chaque actionnaire la faculté d'exiger le maintien de toutes les clauses du pacte social, mais qu'il y a des Sonderrechte particuliers *in specie* qui procèdent du droit essentiel de l'actionnaire aux dividendes et à l'actif social », — ou bien enfin, avec M. Appleton (3), « que l'objet du contrat de souscription, c'est de lui conférer (au souscripteur), moyennant des prestations limitativement déterminées, la propriété libre et irrévocable d'un certain nombre d'actions, et c'est tout ». Nous retiendrons l'aveu de l'un de ces auteurs : « L'actionnaire n'a-t-il pas un droit propre, Sonderrecht, à ce qu'aucun mot des statuts ne soit changé contre sa volonté même dans le cas où la modification ne porterait pas atteinte à un Sonderrecht *in specie* ? A ne considérer que la nature contractuelle de la société, on en arriverait à cette conclusion (4). »

Les droits individuels de l'associé dérivent de la situation de fait, opposable à tous, qu'il acquiert au sein de l'organisme social par son adhésion aux statuts (5). Dans

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 746.

(2) Bourcart, *op. cit.*, p. 294.

(3) Appleton, *Du droit pour les assemblées extraordinaires de modifier les statuts sociaux*, thèse, 1902, p. 211 ; Cluzant, *op. cit.*, p. 90.

(4) Bourcart, *op. cit.*, p. 291. — *Adde* : *J. des soc.*, 1912, p. 97 et suiv.

(5) De même dans l'usine, le droit statutaire de l'ouvrier tient en échec les règles d'organisation de l'établissement et le droit discipli-

l'association, ces droits se résument dans le droit plus général à la qualité d'associé, en remplissant les conditions prévues par la charte corporative ; dans la société par actions, ils doivent être attachés à la possession d'une action, et l'action est une chose créée en fait, à laquelle la société ne saurait porter atteinte sans prononcer sa propre dissolution. Et ce critérium laisse le champ vaste à l'activité modificatrice de l'assemblée générale ; il aboutit à lui reconnaître les pouvoirs les plus larges, notamment, pour n'envisager qu'une hypothèse qui a suscité de vives discussions, le pouvoir de transformer, même de façon radicale, l'objet de la société (1).

*
* *

Parvenu au terme de cette analyse de la situation juridique des divers intéressés pendant la période préparatoire, nous ne croyons pas inutile de marquer les points acquis, pour essayer d'en tirer les éléments d'une synthèse.

La société par actions ou l'association n'est pas le

naire du patron. — Cf. Gazin, *De la nature juridique des règlements de travail*, thèse Dijon, 1913, p. 165.

(1) En ce sens : M. Raphaël Georges Lévy au Congrès des sociétés par actions de 1900. — Comp. Code de com. allem., article 275, al. 2 ; Code de com. italien, article 157 ; et l'article 14 du projet de réforme français (rédaction du 28 février 1907). — *Contra* : Cass., 26 novembre 1894, *J. S.*, 1895, p. 199, D. 95.1.57 ; Req., 29 mars 1898, *J. S.*, 1898, p. 308, D. 99.1.595 ; Besançon, 29 juillet 1889, D. 90.2.331. — Bien entendu, l'assemblée générale n'a pas le pouvoir d'altérer le but final de la corporation, en transformant par exemple une société de gain en une association désintéressée ; aussi bien, en pareil cas, violerait-elle le droit propre des associés à toucher les bénéfices inhérents à la possession des actions.

prolongement de la société des fondateurs, société préliminaire, dont les membres se réunissent dans le seul but de travailler en commun à la formation de la personne morale et qui disparaît à la naissance de cette personne. Elle n'est pas davantage l'ayant cause d'une société provisoire des souscripteurs, car entre ces derniers il n'intervient pas nécessairement de contrat.

La société par actions et l'association procèdent d'une série de déclarations unilatérales d'adhésion au statut corporatif. Tout contrat préalable conclu soit entre fondateurs, soit entre fondateurs et souscripteurs, soit même entre souscripteurs, ne sert qu'à préparer l'agrégation de chaque unité à la collectivité, L'établissement d'une charte statutaire, voilà l'acte vraiment fondamental et créateur, si bien que l'on peut dire : dès qu'il est réalisé, l'être moral existe aussi déjà. Dans quelle mesure ? C'est ce qu'il nous reste à voir.

TITRE III

DE LA CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES PENDANT LEUR PÉRIODE CONSTITUTIVE

Nous avons eu maintes fois l'occasion de le répéter : la personne morale, comme la personne physique, suppose la présence d'une individualité sous-jacente, qu'elle vient compléter en lui permettant d'entretenir des relations avec d'autres individualités, et par là nous entendons la présence d'un être organisé pour fonctionner juridiquement, peu importe d'ailleurs que cet organisme soit physique ou social, pourvu qu'il puisse exercer un certain pouvoir et que ce pouvoir soit mis au service d'une volonté une et indépendante. L'homme est une personne parce qu'il est un individu ; mais dans l'antiquité, les esclaves ont été des individus sans être des personnes. Car la personnalité est une réalité, mais une réalité juridique, « un rapport qui s'établit entre une réalité antérieure et une conception de l'esprit », et nonpas « un fait naturel et inné » (1). Et donc pour rencontrer une autre entité juridique que l'être humain, il faudra exiger d'elle une organisation, lui permettant de réaliser cette volonté, une et indépendante, dirigée vers un but

(1) Les formules entre guillemets sont de M. Saleilles (*Personn. jurid.*, p. 567), dont nous ne faisons que résumer ici les idées. Il faut lire dans cet ouvrage les XXII[e] et XXIII[e] leçons, où l'auteur analyse de façon lumineuse et définitive le concept de personnalité juridique.

déterminé, qui en fasse un centre d'action. C'est le côté matériel, objectif de la personnalité.

Cependant les sociétés, les associations et les fondations, leur vie durant, présentent ces caractères. Elles n'apparaissent pas comme des groupements d'individus ou de capitaux à l'état amorphe sans pouvoir autonome, mais comme des mécanismes parfaitement équilibrés et conditionnés pour figurer et agir sur la scène du droit, à l'égal des personnes physiques. Les volontés individuelles disparaissent dans la mesure où elles jettent une note discordante dans l'ensemble et ne concourent pas, à titre de rouages d'une même machine, à la poursuite du but social. Il n'y a de décisions régulièrement prises, d'actes régulièrement accomplis au nom de l'établissement que les décisions prises, que les actes accomplis en conformité avec le programme statutaire et par les organes institués à cet effet. La corporation ou la fondation ne fait qu'un avec ses organes, ici les membres du comité de direction, là les associés eux-mêmes ; mais en tant que ces membres réunis en séance du comité, que ces associés groupés dans les conseils d'administration, dans les assemblées générales corporatives, émettent, à la majorité des voix, des déclarations qui dégagent une volonté collective distincte des volontés particulières.

Considérée sous cet aspect, qui n'est autre que celui de son organisation interne, la personne morale absorbe bien réellement l'individualité de ses membres ; ceux-ci ne s'opposent plus à elle, mais se fondent en elle, tels les matériaux divers incorporés dans un même édifice, au point qu'il ne soit plus possible d'envisager chacun d'eux isolément. On a parlé, à ce propos, de la person-

nalité morale interne de la corporation (1). Nous ne jugeons pas l'expression tout à fait exacte. Elle offre l'inconvénient de laisser croire que la corporation existe dans la réalité, indépendamment de ses organes, auxquels n'appartiendrait qu'un pouvoir de représentation (2). C'est là encore un vestige du système de la fiction dont, on a beau faire, on ne peut abandonner complètement, sinon l'idée maîtresse, du moins la terminologie. A M. Hauriou reviendra le mérite d'avoir fait justice de cette conception :

« Je ne suis pas l'ennemi de la conception subjective de la personnalité morale dans les institutions, déclare-t-il ; bien au contraire, j'estime qu'elle a des limites et qu'on la compromet à vouloir l'utiliser partout. *La personnalité morale est pour la vie de relations entre des individualités qui puissent être considérées l'une par rapport à l'autre comme des parties dans les opérations du commerce juridique.* Voilà son domaine, et il convient de ne l'en point sortir. Dans tout ce qui est rapport de sujétion, rapport de domination, voie d'autorité, partout où les individualités en présence, au lieu d'être des parties, sont des organes ou des sujets, la personnalité subjective n'a que faire. Il faut, au contraire passer au point de vue *objectif* ; il y a des situations qui se créent, des fonctions qui s'organisent, des statuts qui en résultent pour les individus et voilà tout (3). »

Nul n'a mieux que cet auteur défini le concept de per-

(1) Thaller, note précitée au Dalloz.

(2) Sur la distinction des organes et des représentants, cf. Gierke, *Genossenschaftsth.*, p. 614 et suiv. ; Michoud, *loc. cit*, t. I, p. 129 et suiv.

(3) Hauriou, *Recueil de l'Acad. de législ. de Toulouse*, précité, p. 171.

sonnalité juridique, en insistant sur son caractère d'instrument d'acquisition de droits, sur son utilité exclusivement dans les rapports d'individus à individus.

Or, si l'on adopte cette définition, il ne peut plus être question de personnalité, lorsque l'on se préoccupe de l'organisation interne de l'entité juridique, car cette organisation ne s'analyse point en des relations avec autrui, mais en une étroite solidarité des membres du groupe, au sein duquel chacun exerce une fonction, tandis que l'aménagement de ces forces concordantes réalise la structure d'une seule et même individualité.

Et maintenant que nous avons distingué les deux côtés de la vie juridique des personnes morales, la tâche qu'il nous faut entreprendre se trouve par là même tracée. Elle va consister à rechercher si, pendant la période constitutive de ces personnes, il n'est pas possible de discerner déjà des manifestations de leur activité propre tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, ou plus exactement, tant d'un point de vue objectif que d'un point de vue subjectif.

CHAPITRE PREMIER

L'ORGANISATION INTERNE DES PERSONNES MORALES EN VOIE DE FORMATION

On comprend aisément que, dans une théorie de la personnalité morale basée sur l'idée de fiction, il ne soit point fait état, pour expliquer ce phénomène, des faits antérieurs à son apparition. D'après les partisans d'une doctrine semblable, la personnalité de ces entités juridiques que sont les associations, les sociétés et les fondations n'a pas son fondement dans une organisation interne d'origine statutaire, une aptitude à fonctionner juridiquement, mais dans une faveur, un don gracieux du législateur, qui leur échoit avec l'accomplissement de la dernière formalité constitutive. Aussi bien, la période préparatoire doit-elle être remplie tout entière par l'établissement d'une série de relations purement individuelles et marquée par l'absence complète d'un régime personnifiant.

Nous ne reviendrons pas sur la fausseté d'une pareille conception, qui dénature l'acte juridique créateur du nouveau sujet de droits et méconnaît l'existence de ce dernier. Nous croyons avoir suffisamment démontré, dans les pages précédentes, la nécessité, pour qu'apparaisse la personnalité morale, de la présence d'un « automate social », tout aménagé, prêt à entrer en relations avec autrui, auquel ne manque plus que la capacité juri-

dique. Mais on devine que la construction de cet organisme n'est pas achevée en un seul instant et que ses rouages ne sont pas créés simultanément, Le nouvel être juridique, tiré du néant par le fait même que *les statuts ont été rédigés, qui lui assignent une certaine fin et règlent son aménagement interne*, n'est encore que conçu ; son individualité va s'affirmer, au fur et à mesure que se déroulera la procédure constitutive.

SECTION I. — Les corporations.

I. — La société par actions.

A. — *La loi française.* — La société par actions à l'état embryonnaire se développe de façon continue, tandis que surviennent les adhésions à la charte statutaire et que se recrute le personnel de la corporation. Dès lors que le capital social est entièrement souscrit, les fondateurs d'une société anonyme, dans la mesure où ils expriment non plus leur volonté propre, mais une volonté de fonction, agissent déjà en qualité d'organes au moins provisoires de la société. A ce titre, ils dressent la liste des associés définitifs et procèdent à la déclaration notariée des souscriptions et des versements (art. 24, al. 1, de la loi de 1867) ; ils sont chargés de convoquer les assemblées générales, appelées à vérifier cette déclaration, à approuver les apports en nature et les avantages particuliers et à nommer les premiers administrateurs, et commissaires (art. 25, al. 1). En fait, souvent l'assemblée générale choisit les premiers administrateurs parmi les fondateurs et maintient ces derniers dans les fonctions qu'ils exerçaient déjà. Bien plus, l'article 25 déclare que ces administrateurs peuvent être désignés

par les statuts ; dans ce cas, fondateurs et administrateurs ne forment qu'un seul groupe, et dès le début la société se trouve munie de ses organes définitifs. Il en est toujours ainsi, croyons-nous, dans les sociétés en commandite par actions où l'acte social contient nomination d'un gérant, puisque la loi oblige celui-ci à faire la déclaration notariée (art. 1,loi de 1867) et que l'accomplissement de cette formalité précède la réunion de l'assemblée générale constitutive (1).

Mais les fondateurs ne sont pas les seuls organes que comporte la société par actions pendant sa période préparatoire. Les articles 4, 24 et 25 de la loi de 1867 prévoient la tenue d'une ou plusieurs assemblées générales des futurs actionnaires, dont ils règlent la composition, le quorum nécessaire à la validité de leurs délibérations, et énumèrent les attributions : approbation,le cas échéant, des apports en nature et des avantages particuliers, élection des premiers fonctionnaires sociaux, enfin lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, vérification de la sincérité de la déclaration notariée. La loi passe sous silence tous autres pouvoirs de l'assemblée. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si l'énumération précédente doit être considérée comme limitative, ou si l'on peut reconnaître à cette assemblée le droit notamment de modifier les statuts établis par les fondateurs.

Il peut arriver, en effet, que certaines dispositions de la charte corporative soulèvent les critiques des actionnaires présents qui jugent, par exemple, trop considérables les pouvoirs délégués au conseil d'administration,

(1) Houpin, nº 680. — *Contra*, Ruben de Couder, Vº *Soc. comm.*, nº 195.

trop sévères les conditions à remplir pour être admis à voter dans les assemblées générales de la société constituée. Souvent aussi les souscripteurs ne demandent qu'à réduire l'évaluation des apports en nature et le montant du capital social. Faudra-t-il refuser à la majorité d'entre eux le droit de prendre dès à présent ces décisions ? Ce serait d'autant plus excessif et contradictoire que la doctrine et la jurisprudence semblent aujourd'hui disposées à permettre à l'assemblée générale extraordinaire de la société définitivement formée de modifier les statuts et de réduire le capital social, en l'absence d'une clause formelle de l'acte social l'y autorisant (1).

Cette opinion pourtant a jadis été soutenue. En sa faveur on invoquait le respect dû à la charte corporative, ratifiée par l'ensemble des associés, qui ne peut être altérée qu'avec leur consentement unanime (art. 1134). Sans doute, dira-t-on, la majorité des actionnaires a reçu du législateur mandat de lier la minorité dans certaines hypothèses ; mais ce sont là des cas exceptionnels que la loi indique expressément. En dehors de ces circonstances spéciales, le droit commun reprend son empire ; l'opposition d'un seul suffit à empêcher la volonté des autres de prévaloir. « Il s'agit de modifier les conditions dans lesquelles les souscriptions ont eu lieu, de modifier le pacte social, et une convention ne peut être changée que du consentement de tous les associés (2) » L'unani-

(1) Le législateur lui-même a confirmé ces tendances par le vote des lois des 9 juillet 1902 et 16 novembre 1903, relatives à la création des actions de priorité. — Cf. Percerou, *Contrib. à l'étude des soc. par actions*, 1908.

(2) Percerou, *Des fondateurs*, p. 121. — *Adde* : Goiffon, *loc. cit.*, p. 69 et suiv. ; Dalloz, *Supplém. au Rép.*, V° *Sociétés*, n° 1191 ; Alauzet, n° 460 ; Vavasseur, t. I, n° 327 ; Magdelaine, *Des assemblées d'actionnaires dans les sociétés anonymes*, thèse Dijon, 1903, p. 238 et suiv., Lacour, *Droit comm.*, n° 422.

mité des votants serait-elle obtenue à l'assemblée générale, qu'elle ne saurait obliger la minorité des absents. Pour qu'un pareil résultat soit atteint, il faut que les statuts primitifs, auxquels les souscripteurs ont adhéré, contiennent leur renonciation au droit de s'opposer à ces modifications ; sinon, seule l'assemblée extraordinaire, délibérant dans les conditions de l'article 31 de la loi de 1867, pourra les réaliser aussitôt après la naissance de la société, conséquence qui ne va pas, on l'avoue, sans jeter une certaine suspicion sur la Compagnie à ses débuts.

On reconnaît ici les errements de la thèse contractuelle. La pratique n'a pas cru devoir s'en accommoder. Le 20 juin 1901, le Tribunal de commerce de Saint-Etienne a décidé « qu'en apportant aux statuts les modifications critiquées, l'assemblée constitutive a agi dans la plénitude de son droit et de ses pouvoirs » (1), et la Cour de Lyon (2), sur ce point, s'est ralliée à l'avis des premiers juges. Le différend n'a porté entre les deux juridictions que sur l'étendue du pouvoir modificateur de l'assemblée. Tandis en effet que le Tribunal déclarait « qu'il n'y avait pas à distinguer entre les modifications affectant les bases essentielles de la société et celles qui n'y portent pas atteinte », la Cour s'arrêtait à cette distinction traditionnelle de la jurisprudence.

En définitive, la thèse contractuelle, ici comme ailleurs, repose sur une présomption injustifiable. On n'arrivera jamais avec elle à expliquer autrement que par l'hypothèse d'un mandat tacite ce fait que la majorité dicte, dans

(1) *J. S.*, 1903, p. 310.

(2) Arrêt du 16 décembre 1902, *R. S.*, 1903, p. 184 ; *J. S.*, 1904, p. 154.

cette réunion, sa loi à la minorité et aux absents (art. 4, al. 4, de la loi de 1867). Mais à quoi cette présomption conduit-elle ? Ni plus ni moins qu'à cette affirmation contradictoire : la minorité a voulu d'un côté et n'a pas voulu de l'autre (1) les résolutions prises par l'assemblée. Mieux vaut avouer que les membres de cette minorité veulent ces décisions, non pas d'une volonté individuelle, parce que chacun des associés a déjà perdu son individualité propre, mais d'une volonté fonctionnelle ou institutionnelle, qui est vraiment la volonté de la société se traduisant par des actes. Nous ne sommes plus en présence d'un simple groupement de souscripteurs, mais d'une corporation, agissant par l'intermédiaire de l'un de ses organes (2). Et de cette observation nous tirerons les conclusions suivantes.

Quant à sa *nature*, l'assemblée constitutive ne diffère pas des assemblées de la société définitivement constituée. Précisément à cause de cela, pour qu'elle fonctionne régulièrement, il faut que soient observées toutes les conditions de formes, auxquelles sont soumises ces assemblées. Dans la mesure où des prescriptions légales particulières ne s'y opposent pas (3), les sta-

(1) Certes elle les veut encore en ce sens qu'elle s'y soumet, mais ce n'est pas là vouloir « au sens de la volonté qui agit sur la scène du droit et qui exerce le pouvoir générateur des droits ». — Saleilles, *loc. cit.*, p. 585.

(2) Bourcart, *loc. cit.*, p. 275 ; Cluzant, *loc. cit.*, p. 223 et suiv. ; Naquet, *Des modifications aux statuts des sociétés par actions*, p. 382 et suiv. — *Contra* : Cellérier, *loc. cit.*, n° 318.

(3) Comp. art. 197, H. G. B. : « Dans la mesure où les paragraphes 190-196 ne s'y opposent pas, on doit appliquer aux assemblées générales qui se tiennent avant l'enregistrement de la société, les règles relatives aux convocations et aux résolutions, qui s'appliquent à la société après son enregistrement. » Sur les dispositions particu-

tuts doivent s'appliquer ; il y aurait lieu de respecter leurs dispositions quant à la forme des convocations (lettre adressée à chaque associé ou insertion dans les journaux), au délai minimum entre cette convocation et la réunion de l'assemblée, spécialement pour les sociétés en commandite par actions, au quorum des présences et au nombre de voix dont chaque actionnaire dispose proportionnellement au nombre de ses actions (1).

Les *pouvoirs* de l'assemblée constitutive doivent être rapprochés de ceux des autres assemblées générales. Elle a le droit de modifier les statuts ou d'approuver les modifications dont ces statuts ont pu être l'objet (2), mais ce droit se restreint aux seules modifications permises pendant l'existence de la société. La Cour de Lyon très sagement n'a pas suivi jusqu'au bout le Tribunal de commerce dans la voie où il s'était engagé ; elle a cru devoir mettre à l'abri des atteintes de l'assemblée constitutive les bases essentielles de la société, pour nous les droits propres des actionnaires, et nous ne saurions l'en blâmer. Car, à notre avis, les statuts d'une société par actions ne forment pas qu'un *projet* tant que la société n'est pas définitivement constituée, comme la Cour a eu tort de le déclarer ; ils représentent la charte, en laquelle

lières à l'assemblée constitutive, cf. en France les art. 27 et suiv., 30, al. 1 et 3, art. 1, 4 et 24 des lois de 1867-1893.

(1) Dans les sociétés anonymes, les actionnaires prennent part aux délibérations de l'assemblée constitutive « avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix » (art. 27, al. 2). Faut-il, en l'absence d'une semblable disposition pour l'assemblée constitutive de la commandite par actions, décider qu'on y appliquera le suffrage égalitaire ? M. Bourcart (*op. cit.*, p. 175) ne le pense pas, et nous nous rangeons à son avis.

(2) Trib. com. Seine, 16 mai 1887, *J. S.*, 1888, p. 206.

la corporation puise sa volonté propre et son individualité, qui se manifestent déjà à ce stade de son évolution; partant, ils ne peuvent être changés que sous les réserves et avec les précautions imposées à la société en cours. Il convient « que l'ordre du jour publié dans l'avis de convocation soit assez explicite pour permettre les modifications » (1) et que soient remplies les règles édictées par l'article 31 de la loi de 1867 relatives à la composition de l'assemblée, ayant à délibérer sur de telles mesures. Enfin reconnaître à l'assemblée constitutive le droit de modifier les statuts, c'est *à fortiori* lui reconnaître le pouvoir, non plus seulement d'approuver ou de rejeter en bloc l'estimation des apports en nature et des avantages particuliers, mais aussi de la réduire, ce qui équivaut à une diminution du capital social (2). On empêche ainsi le lien social de se rompre ou la société de s'obliger à une rémunération exagérée des apports et des services, toutes solutions qui léseraient peut-être davantage encore l'intérêt des actionnaires.

B. — *Aperçu de droit comparé.* — *a*) L'organisation interne de la société par actions, antérieurement à sa for-

(1) Houpin, note sous l'arrêt de la Cour de Lyon, précité, *R. S.*, 1902. p. 184. *Adde :* Thaller, note sous Req., 9 février 1903, D. 1905. 1.265.

(2) Bédarride, *Comment. de la loi de* 1867, t. I, n° 116 ; Mathieu et Bourguignat, *Comment. de la loi de* 1867, p. 44 et suiv. ; Beudant, *Rev. critique*, 1870, p. 144 ; Floucaud-Pénardille, t. I, p. 228 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 717 ; Thaller, n° 541 ; Houpin, n° 309. — *Contra* : Arthuys, *De la const. des soc. par act.*, p. 56 ; Goirand, n° 201 ; Dalloz, *Supplém.*, n° 1191. — M. Lacour (*loc. cit.*, n° 454) fait une distinction entre les avantages particuliers et les apports en nature ; il admet la réduction des premiers, mais déclare impossible la réduction des derniers, réalisée par un vote de majorité, sous prétexte qu'elle modifierait l'un des points essentiels du contrat passé entre fondateurs et souscripteurs.

mation définitive, n'est pas moins apparente en *Allemagne* (1) qu'en France. Au cas de constitution échelonnée (Successivgründung), les fondateurs pendant la période préparatoire jouent un rôle certes plus effacé que dans notre pays ; mais on voit aussi d'autres organes entrer déjà en fonctions. Aux fondateurs, il appartient de notifier la société au registre du commerce (§ 195), de convoquer l'assemblée générale des souscripteurs à l'effet d'élire le premier conseil de surveillance et le premier conseil d'administration (§ 190, al. 2 et 3), de déposer un rapport sur l'estimation des apports en nature et l'importance des avantages particuliers (§ 191) (2). Par contre, la convocation et la direction de l'assemblée générale constitutive,appelée à prendre une décision sur la fondation de la société, sont confiées au Tribunal du registre. Les attributions de cette assemblée méritent d'être signalées.Tous les actionnaires y participent et chacun, malgré le consentement qu'il a précédemment donné en signant le bulletin d'adhésion, peut y voter contre la fondation.Le vote de la majorité lie la minorité (3). On chercherait vainement une autre explication à ce phénomène, que la suivante : la société, organisme distinct des associés, manifeste par l'intermédiaire de l'assemblée générale sa volonté

(1) Cosack, *op. cit.*, t. III, § 115 ; Silbernagel, *op. cit.*, chap. VIII et IX ; Lehmann, *Lehrbuch*, § 79.

(2) Un rapport sur la constitution est rédigé par les conseils d'administration et de surveillance et aussi par les *Reviseurs*, chargés en particulier d'examiner la régularité de la marche de la fondation (§ 191 à 194, H. G. B.).

(3) Comp. en Belgique, art. 33, al. 2 (loi du 25 mai 1913) du titre IX (Des sociétés) au Code de commerce : « Si la *majorité* des souscripteurs présents, autres que les fondateurs, ne s'oppose pas à la constitution de la société, les fondateurs déclareront qu'elle est définitivement constituée. »

de vivre Dès lors il n'y a plus de difficultés a lui reconnaitre également le pouvoir de modifier les statuts dans les mêmes conditions que l'assemblée extraordinaire fonctionnant après l'inscription de la société (§ 196 et 197, H. G. B.), c'est-à-dire réserve faite des droits propres des actionnaires. Seront valables les décisions emportant changement de nom ou du siège de la société, de l'objet de l'entreprise, du montant du capital social et des actions, de leur forme (1), etc...

b) En *Italie*, Vivante (2) voit à tort dans l'acte de fondation émanant de l'assemblée générale constitutive un contrat. L'assemblée (3), souveraine dans ses délibérations, a le droit d'approuver ou de repousser les stipulations de l'acte de société, mais elle ne saurait, sans porter préjudice aux souscripteurs, supprimer ou altérer les clauses essentielles que renferme le prospectus et sur le vu desquelles ceux-ci ont souscrit (art. 136, C. com.). Aussi, selon lui, la réduction de l'estimation des apports en nature ne peut-elle être imposée par la majorité aux associés absents ou dissidents que si elle a été prévue dans le prospectus, ou du moins que si les souscripteurs n'ont point entendu faire de la valeur donnée primitivement aux apports une condition

(1) En Suisse, l'assemblée constitutive, convoquée par les fondateurs, confirme la souscription intégrale du capital et le versement de 20 0/0 sur chaque action, nomme les organes d'administration et de contrôle. Tous les actionnaires y ont accès, mais le suffrage n'y est pas égalitaire (ce point est réglé par la loi ou les statuts comme pour les autres assemblées). Enfin l'assemblée a le droit de modifier les statuts à la majorité, sans pouvoir néanmoins toucher à leurs dispositions *essentielles*, autrement qu'avec le consentement de tous les associés.

(2) Vivante, *op. cit.*, t II, § 40.

(3) Sur la convocation, la composition et les pouvoirs de cette assemblée, cf. les art. 155, 134, al. 2 et 3, 138 C. com.

sine qua non de leur adhésion. L'assemblée constitutive a le pouvoir, dans les limites du prospectus, de prendre certaines résolutions qui obligent tous les associés, ainsi de décider que le produit de la liquidation sociale, au lieu d'être réparti entre eux, sera remis à une œuvre de bienfaisance. Comment le justifier ? Il n'y a pas là de quoi embarrasser Vivante : « Pour les stipulations de l'acte constitutif de la société, déclare-t-il, les associés qui y prennent part représentent les absents. » Cet acte est donc bien le résultat du consentement de tous. Cependant il faut reconnaître aux associés dissidents ou protestataires, qui ont adhéré au groupement anonyme en signant un bulletin de souscription, le droit de voter à l'assemblée constitutive contre la fondation de la société. Qu'est-ce à dire ? Pour éviter la contradiction, Vivante n'a pas trouvé d'autre moyen que de recourir à notre théorie. « La contradiction disparaît, dit-il, si l'on considère que dans ce contrat préliminaire de souscription tout souscripteur a donné son consentement dans son propre intérêt individuel, tandis que les votes émis dans l'assemblée sont des déclarations de volonté, données par les actionnaires *en fonction des organes sociaux* avec les limites et les garanties d'une délibération collective. » Nous nous contentons d'enregistrer l'aveu.

c) La situation de la société par actions (Company limited by shares) pendant sa période constitutive ne prête point à équivoque dans le *droit anglais*. Avec l'enregistrement du memorandum et statuts, suivi de la délivrance d'un premier certificat d'incorporation, la Compagnie acquiert la personnalité morale (art. 16, § 2, de l'Act de 1908) et nous reviendrons plus loin sur les conséquences de cette personnalité, tant à l'égard des associés

qu'à l'égard des tiers. Nous ne voulons examiner ici que l'aménagement de la société en voie de formation. Or cet aménagement précède de beaucoup la constitution définitive. Et d'abord les premiers administrateurs de la Compagnie sont nommés par les signataires du Memorandum, mais il peut arriver que leur liste soit insérée dans les Articles de l'association (1). Leur nomination doit d'ailleurs être confirmée par l'assemblée générale statutaire; en outre, elle n'est régulière que si les administrateurs ont donné par écrit leur consentement à remplir leurs fonctions et l'autorisation de publier le dit consentement, que s'ils ont souscrit ou se sont obligés à souscrire un nombre d'actions déterminé en garantie de leurs fondations, que si leur liste enfin est dressée et présentée au Registrar (2). Moyennant l'accomplissement de ces formalités, il appartient à l'un d'entre eux de faire la déclaration statutaire exigée par l'Act de 1900 et de solliciter l'enregistrement (art. 17, al. 2, C. C. A.). Après son enregistrement, la société, désormais personne morale, préside elle-même aux opérations de sa fondation et manifeste déjà une certaine vie organique. C'est en son nom, ou plutôt sous le nom de ses administrateurs qu'est publié le prospectus invitant le public à souscrire les actions ; c'est contre elle que sera intentée l'action en rescision, parce que la Compagnie doit être rendue responsable des fautes et allégations mensongères de ses agents, agissant pour son compte

(1) Cf. l'article 68 du tableau A, modèle de statuts, délivré par le Board of Trade et revisé en 1906 ; A. Méliot, *La nouvelle loi anglaise sur les sociétés par actions*, p. 263.

(2) Thoumyre, *Constitution des Companies limited by shares*, Paris, 1908, p. 117 ; art. 72, § 1 et 2 du C. C. A. de 1908.

et dans son intérêt ; c'est elle encore qui procède, par l'organe de ses administrateurs, à la répartition (allotment) ou acceptation des demandes d'actions (art. 85 du C. C. A.) ; elle enfin, qui sollicite la délivrance du second certificat d'incorporation après lequel, nous l'avons soutenu, la société par actions publique se trouve définitivement formée. Mais dans l'intervalle, et avant qu'ait lieu l'assemblée statutaire, d'autres assemblées peuvent être appelées à délibérer et à voter des modifications aux statuts ; ainsi l'exige la loi, lorsque le minimum de souscriptions fixé par les statuts, nécessaire pour passer à la répartition n'ayant pas été atteint, il y a lieu de le réduire. Les décisions de ces assemblées, prises à la majorité des voix, sont valables, pourvu qu'elles interviennent aux mêmes conditions de formes que les décisions de la société en cours.

II. — Les Associations.

Comme les sociétés par actions, les corporations à but idéal et d'intérêt général que sont les associations proprement dites, les syndicats professionnels, les sociétés de secours mutuels, puisent dans une organisation interne, à base de statuts, la qualité de personnes morales, qui leur est acquise soit au moyen d'une reconnaissance formelle du gouvernement, soit au moyen d'une déclaration à l'autorité compétente. Comme l'individualité de la société par actions, l'individualité de l'association se manifeste déjà pendant sa période préparatoire et se détache de celle de ses membres.

Le décès d'un associé n'empêche pas la procédure constitutive de se poursuivre. Lorsque les fondateurs procèdent à la déclaration prévue par les lois de 1884,

1898 et 1901 (1), ou sollicitent la reconnaissance d'utilité publique, c'est au nom de la corporation qu'ils agissent, c'est une volonté collective qu'ils expriment. Mais l'article 9 de la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels rend les directeurs du syndicat responsables de l'infraction à l'obligation de déposer les statuts, et si les directeurs se confondent souvent avec les fondateurs, il ne faut pas oublier qu'il ne doit pas toujours et nécessairement en être ainsi. N'est-ce pas alors que le législateur a entendu leur imposer le devoir de veiller à l'accomplissement de cette formalité, ou, le cas échéant, d'y procéder eux-mêmes, à titre d'organes de la personne morale préexistante ?

Pendant la période constitutive, des assemblées générales peuvent se tenir à l'effet de délibérer sur la fondation définitive ou de modifier les statuts ; les décisions de la majorité y obligent la minorité. Quant à leur composition d'ailleurs (2), au quorum de majorité, à leurs pouvoirs, etc., ces assemblées doivent se conformer aux dispositions statutaires qui régissent les assemblées de l'association en cours.

Il n'est pas rare que la corporation, pourvue d'une certaine individualité de fait, fonctionne sans être revêtue

(1) « Toute association qui *voudra*... » (art. 5 de la loi du 1er juillet 1901).

(2) Souvent les statuts disposent que seule, telle catégorie d'associés payant une certaine cotisation pourra participer aux assemblées générales à l'exclusion des autres. — L'article 11 de la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales prévoit la convocation en assemblée générale par le préfet, de tous les propriétaires présumés devoir profiter des travaux à entreprendre. Or dans cette assemblée, appelée à délibérer sur la formation de l'association syndicale, la majorité fait la loi à la minorité. Cette majorité varie d'ailleurs avec les travaux à entreprendre (art. 12 de la loi de 1865, modifié par la loi du 22 décembre 1888).

de la personnalité juridique, parce qu'elle n'éprouve pas le besoin de remplir les formalités nécessaires pour l'obtenir. C'est le cas de l'association non déclarée, dont la loi du 1er juillet 1901 reconnaît la validité (1). Qu'arrivera-t-il, si dans la suite les membres du groupement jugent à propos de le déclarer ou même de provoquer sa reconnaissance comme établissement d'utilité publique ? Dira-t-on que l'association ancienne a fait place à une association nouvelle, ou qu'au contraire c'est l'organisme précédent qui continue d'exister avec une capacité différente (2) ?

En faveur de la première opinion, on fait valoir la création d'un nouveau sujet de droits. L'association non déclarée n'étant pas une personne, le patrimoine que jusqu'à cette époque ses membres possédaient sous la forme de l'indivision ou d'une copropriété en main commune, passe à un nouveau titulaire, et cette transmission résulte toujours d'une convention. Ou bien, en effet, l'association a été dès le début fondée en vue d'être déclarée, et dans cette hypothèse par son adhésion aux statuts ou son vote à l'assemblée générale de fondation, chaque associé consent à voir le patrimoine que l'association acquiert avant sa déclaration ou sa reconnaissance, transféré à l'association capable ; ou bien, les statuts sont muets sur

(1) Quant au *syndicat professionnel*, la question est discutée de savoir si depuis la loi de 1901, il peut valablement exister sans avoir au préalable déposé ses statuts.

(2) Remarquons que la question ne se pose pas tout à fait dans les mêmes termes pour les sociétés par actions, parce qu'une telle société, si elle fonctionne en fait avant la clôture de la période préparatoire, peut être annulée et convertie en société de fait. Mais si le vice vient à être réparé avant la déclaration de nullité, il est bien évident que la société ne change pas ; il y a seulement transformation d'une société diminuée à existence précaire en une société parfaite.

l'obligation de remplir cette formalité, et alors les associés réunis en assemblée générale, tandis qu'ils votent la dissolution, peuvent décider d'appliquer le patrimoine de l'association dissoute à l'être capable à fonder (1).

Cette argumentation ne nous satisfait pas. Il est préférable de raisonner ainsi : après la déclaration, la structure organique de l'association n'a pas changé (2); elle n'a fait que franchir enfin le seuil de la phase préparatoire à l'apparition de la personnalité, et cela, parce que notre législation a subordonné l'acquisition de cette dernière à l'accomplissement d'une condition extérieure. « Une association non capable, écrit Gierke, est une corporation que le législateur ne reconnaît pas comme telle, un organisme qui serait une corporation, si le système de la libre formation des corporations était admis (3). » La déclaration ou la reconnaissance d'utilité publique opère, si l'on veut, la transformation de l'association non capable, sa conversion en un groupement du même genre, de forme supérieure.

Il y a transformation de l'association sans doute, mais il n'y a pas création d'une association nouvelle. Et de ce fait résultent les conséquences suivantes. Les statuts primitifs continuent à s'appliquer ; on ne procède pas à

(1) Von Thur, *loc. cit.*, § 40, p. 588 ; Hölder, *Kommentar zum allg. Teil des B. G. B.*, § 50, p 130 et suiv. ; Wahl, note au S. 1901.1.417.

(2) Hauriou, *Droit public*, p. 110 ; Gierke, *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, p. 9 ; Dernburg, *Bürg. Recht*, Bd I, Halle, 1901, § 74. — Cf. une décision du O. L. G. de Hambourg du 7 mai 1901 dans les *Seufferts Archiv*, t. LVI, n° 241.

(3) Gierke, *op. cit.*, p. 12. — Ce système a été consacré en Suisse par le Code civil de 1907 ; l'article 54 renferme une disposition remarquable : « Les personnes morales ont l'exercice des droits civils, dès qu'elles possèdent les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet. »

une nouvelle rédaction (1). Les directeurs et administrateurs en exercice conservent leurs fonctions ; ce sont eux qui doivent déclarer l'association ou solliciter sa reconnaissance d'utilité publique (2). S'il y avait création d'une association nouvelle, c'est à ses fondateurs au contraire qu'incomberait l'obligation de faire le nécessaire, et l'on pourrait ranger dans cette catégorie, sinon tous les membres de l'association ancienne, tout au moins d'autres personnes que les directeurs et administrateurs de cette association (3).

III. — Responsabilité des organes de la corporation en voie de formation.

Les fondateurs jouent le rôle d'organes provisoires de la corporation pendant sa période constitutive ; à ce titre, ils sont responsables vis-à-vis d'elle des manquements à leurs obligations. La violation des règles constitutives et la nullité qui en résulte, donnent lieu à un recours de la part des associés lésés contre les personnes coupables de l'irrégularité constatée.

L'article 42 de la loi de 1867-1893 décide en effet que

(1) Cf. pour les sociétés, Lacour, *J. des soc.*, mars 1913, p. 100.

(2) Eyquem, *loc. cit.*, p. 228 ; Pichat, p. 80.

(3) Tels sont, au seul point de vue objectif, les principaux intérêts de la distinction. Par contre, que la transformation s'opère avec ou sans création d'une association nouvelle, nous croyons que dans les deux cas, l'autorité compétente pour ordonner la déclaration, est la même, c'est-à-dire l'assemblée générale, statuant à la majorité des voix lorsque les statuts auront prévu l'organisation de cette assemblée ; sinon, l'unanimité des associés. M. Wahl, étudiant la transformation des sociétés par actions, soutient cependant que quand il y a création d'une société nouvelle, emportant dissolution de l'ancienne, cette dissolution ne peut être votée que par l'unanimité (Wahl, *loc. cit.*, *J. des soc.*, 1910).

« lorsque la nullité de la société.... a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable.... sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation ». Les actionnaires comme les tiers sont donc appelés à bénéficier de la solidarité établie entre fondateurs ; d'ailleurs l'étendue de la responsabilité est limitée au préjudice éprouvé.

A qui cette action appartient-elle, et surtout à qui profite-t-elle ? Aux actionnaires, dit le texte de la loi ; mais aux actionnaires envisagés isolément, ou pris dans les liens de la solidarité sociale ? Au premier cas, chacun d'eux l'intente pour son propre compte, est seul à en bénéficier. Au second cas, l'action est exercée par les représentants de la société, syndic de faillite ou liquidateur, et le produit de la condamnation tombe dans la caisse sociale.

La jurisprudence semble considérer que le dommage ayant été causé à la collectivité, réparation doit être accordée à celle-ci. L'action a un caractère *social* (1) ; elle ne peut être exercée par chaque associé *ut singuli*, dans la limite de son intérêt personnel, que lorsqu'elle ne l'a

(1) Bourges, 2 mai 1889, *R. S.*, 1890, p. 15 ; Req., 6 août 1894, *Ann. de droit comm.*, 1894, p. 149 ; Seine, 24 juin 1895, *J. S.*, 1895, p. 465 ; Paris, 19 juin 1895, *J. S.*, 1895, p. 421 ; Paris, 11 janvier 1897, *J. S.*, 1897, p. 264, et 19 juin 1900, *J. S.*, 1901, p. 26 ; Seine, 26 juin 1905, *J. S.*, 1906, p. 77 ; Cass., 7 juillet 1879, D. 80.1.123 ; 11 novembre 1885, S. 88.1.455 ; 5 janvier 1886, D. 86.1.122 ; 30 octobre 1894, S. et P. 97.1.186 ; 13 février 1907, *Gaz. Pal.*, 1907. 1.615, S. 1910.1.138 ; 15 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.1.22, *J. des trib. de comm.*, 1911, p. 5621, S. 1912.1.89 en note sous Cass., 26 décembre 1910, et la note Wahl. — Comp. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 786 ; Houpin, n° 568 ; Lacour, *loc. cit.*, n° 626.

pas été par les représentants légaux de la société (1). Comment expliquer cette jurisprudence autrement que par cette idée : les fondateurs agissent pendant la période constitutive en qualité d'organes du corps social déjà individualisé ? Ils lui doivent compte de la façon dont ils ont rempli leurs fonctions. Si l'on repoussait cette explication, l'action sociale perdrait sa raison d'être ; il n'y aurait plus lieu qu'à l'ouverture d'une action *individuelle* de chacun des souscripteurs, pour inexécution de l'obligation assumée par les fondateurs dans le contrat de souscription (2).

Fondateurs, directeurs et administrateurs d'une association, d'un syndicat, ou d'une société de secours mutuels, chargés d'effectuer la déclaration prévue par les lois qui régissent ces divers groupements, pourraient aussi, croyons-nous, être déclarés responsables envers le siège social des fautes commises dans leur gestion de nature à entraîner une dissolution forcée de la corporation. Et il est évident qu'ici, plus sûrement encore qu'en matière de société par actions, l'action présenterait un caractère social.

SECTION II. — Les fondations.

La fondation de droit privé n'acquiert la personnalité morale qu'au moyen d'un décret, rendu après avis du Conseil d'Etat, la reconnaissant comme établissement d'utilité publique. Néanmoins, dès avant le décret, l'œuvre a peut-être déjà fonctionné en fait (et même nous avons vu que le Conseil d'Etat tend à ne reconnaître la

(1) Alger, 1er juillet 1908, *Gaz. des trib. du Midi*, 2 mai 1909.

(2) Lyon, 9 février 1883, D. 83.2.113 ; Amiens, 13 mars 1884, *R. S.*, 1885, p. 87 ; Cass., 18 mai 1885, *J. S.*, 1886, p. 185.

capacité juridique qu'aux seuls établissements, qui ont prouvé leur utilité) ; quoi qu'il en soit, elle doit être, à ce moment, pourvue de tous ses organes.

On est trop porté, en France, à ne considérer l'acte de fondation que comme une simple disposition de biens, un acte d'aliénation à titre gratuit, tandis qu'il est aussi et avant tout l'acte créateur d'un nouveau sujet de droits. Et cela suppose que le fondateur donne, ou sinon charge les dépositaires de sa volonté, héritiers et exécuteurs testamentaires, de donner à son œuvre une organisation qui lui permette de figurer sur la scène du droit. Il dresse véritablement le statut, selon lequel se développera la nouvelle institution.

L'organisation de la fondation, il est à peine besoin de le dire, doit être appropriée à la poursuite d'un but charitable déterminé. Si le fondateur crée un hôpital, il aura soin de désigner, dans l'acte de fondation, les membres du conseil d'administration appelés à diriger l'établissement, le personnel nécessaire à son entretien, ou du moins d'indiquer le mode de recrutement (cooptation, élection, nomination par une autorité publique, etc.) de ces administrateurs et de ce personnel ; mais surtout il déterminera le groupe des bénéficiaires (pauvres de telle commune ou de tel département), sans quoi l'œuvre perdrait toute individualité. Le fondateur parfois se réserve à lui-même ou à sa famille une part dans l'administration, un droit de présentation par exemple des bénéficiaires. Si la fondation s'analyse en l'affectation d'une certaine somme dont on répartira les revenus annuellement entre les personnes les plus qualifiées, l'autonomie patrimoniale des fonds affectés est garantie par l'institution d'un comité de direction, auquel la mis-

sion incombe de les gérer et de les employer conformément à leur destination (1).

Bien que le paragraphe 81 du B. G. B. ne renferme à ce sujet aucune indication précise, il est certain que la désignation d'un Vorstand apparaît en droit allemand comme l'un des éléments primordiaux de l'acte de fondation, aussi essentiel à sa validité que la constitution d'un patrimoine propre.

En France, la Société d'études législatives, dans le projet qu'elle a élaboré, a prévu également un aménagement interne de la fondation. Art 12. — « La fondation est administrée par un conseil de direction. Elle est placée sous le contrôle d'une Commission de surveillance, siégeant au chef-lieu du département qui a pour mission de s'assurer que les intentions du fondateur sont exécutées, etc... » — Art. 13. — « Les membres du conseil de direction sont nommés soit par le fondateur, soit par l'exécuteur testamentaire, et à leur défaut par la commission de surveillance. » Et M. Larnaude a très nettement défini le rôle de cette commission. « A quoi faut-il la comparer? Est-elle quelque chose d'extrinsèque à la fondation comme l'est le gouvernement dans l'établissement d'utilité publique? C'est une thèse qui peut se soutenir. Faut-il y voir plutôt l'analogue de l'assemblée générale qui existe dans les sociétés, dans les associations déclarées et même dans les établissements d'utilité publique sous

(1) L'article 3 des statuts de la Fondation Rothschild pour l'amélioration des conditions de l'existence matérielle des travailleurs décide que « le premier comité de direction comprend les six fondateurs et quatre membres nommés par eux ». Selon l'article 5 des statuts de la Fondation Thiers, les membres du conseil et le président directeur sont nommés par la fondatrice (Mlle Dosne), qui doit pourvoir à leur remplacement à l'expiration d'un certain délai et en cas de vacances.

les noms divers que nous avons rencontrés? Je crois qu'il est plus exact de l'assimiler à cette dernière. En réalité notre commission de surveillance est un *des organes de la fondation*. Toutes les fois qu'il y a propriété collective, nous rencontrons ces deux sortes d'organes, l'un préposé à la gestion, l'autre au contrôle (1). » Partant de cette idée, M. Larnaude est amené, au cours de son rapport, à préciser les pouvoirs de l'organe de surveillance qu'il ne veut pas excessifs, qu'il désire voir s'exercer selon des « règlements intérieurs », analogues aux *schèmes* dressés par les Charities commissioners en Angleterre (2).

De ce projet nous ne retiendrons qu'une conséquence, c'est qu'il contribue à asseoir sur des bases plus solides la thèse de la personnalité des fondations. En naissant à la vie juridique, c'est-à-dire à la vie de relations, l'être moral ne se présente pas comme un être fictif, une sorte de mannequin sans consistance, créé de toutes pièces par le législateur pour faciliter ces relations, mais comme un être réel, dont la capacité s'impose parce qu'elle n'est que la manifestation extérieure d'un centre d'activité jusque là purement interne. Nous sommes loin, avec ce projet, de la fondation envisagée comme une masse de biens inerte, œuvre d'une volonté disparue qui se survit à elle-même grâce à la faveur de l'Etat. Nous aboutissons à la conception d'un organisme vivant, détaché de son auteur, susceptible de réaliser une volonté propre (3)

(1) Deuxième rapport de M. Larnaude à la séance du 25 mars 1909, *Bulletin de la Société*, 1909, p. 296-297.

(2) *Bull-tin*, 1909, p. 300-301.

(3) Une volonté propre parce que les organes de la fondation restent maîtres de choisir les moyens les plus aptes à réaliser le but visé par le fondateur, pourvu qu'ils ne s'écartent pas de la ligne de conduite

dans les limites de la charte statutaire, au moyen des divers éléments que la loi et les statuts mettent à sa disposition, d'un organisme enfin, dont l'Etat ne fera plus que consacrer l'existence sans la lui octroyer.

qu'il a tracée, car ces moyens varieront selon les époques. — Comp. article 15, al. 1 et 2 du projet de la Société d'études législatives, et Saleilles, *Pers. jurid.*, XXIII[e] leçon, p. 591.

CHAPITRE II

LA CAPACITÉ JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES PENDANT LEUR PÉRIODE CONSTITUTIVE.

Nous avons précédemment insisté sur le caractère relatif de la notion de personnalité en général. Elle est une réalité certes, si l'on y voit une qualité qui s'attache à des individus existant réellement dans le monde extérieur, si l'on concède qu'elle répond à quelque chose d'objectif et de matériel. Mais elle est aussi une fiction, une simple création de l'esprit, si l'on prend garde que les individus ne l'apportent pas en naissant, comme toute autre qualité physique ou morale, ou du moins qu'ils ne l'apportent que par le fait de leur naissance dans un certain milieu social. Autrement dit, la personnalité est un produit de la technique juridique (1), un procédé inventé pour satisfaire aux exigences de la vie en société, pour introduire plus de sécurité dans les relations. Là où l'intérêt général et le besoin de sécurité exigeront que certaines choses soient considérées comme propres à un individu, il faudra parler de droit subjectif et de sujet de droits.

Or précisément, le problème se pose de la façon suivante : n'y-a-t-il pas, pendant la période de formation des êtres moraux comme durant la vie embryonnaire des êtres

(1) Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, p. 334 ; Hauriou, *Droit public*, p. 101.

physiques, une nécessité absolue de reconnaître aux uns de même qu'aux autres une certaine capacité juridique anticipée ?

SECTION I. — La personnalité interne des corporations et des fondations.

La personnalité n'est acquise définitivement aux corporations et aux fondations qu'avec l'accomplissement de la dernière formalité constitutive. Mais on peut se demander si, antérieurement à cette date, l'être moral n'a pas l'occasion de déployer déjà une certaine activité juridique interne, soit vis-à-vis de ses fondateurs, soit vis-à-vis de ses membres.

A. — *Les sociétés par actions.* — La société par actions ne commence à fonctionner que lorsqu'elle a réuni un capital suffisant, fixé par les statuts. A quel moment la société-personne morale sera-t-elle réputée être devenue propriétaire des biens meubles ou immeubles que s'engagent à lui procurer les apporteurs en nature, propriétaire ou créancière des sommes d'argent que les souscripteurs ont promis de lui verser ? Tout dépend de la manière dont on décrit le processus de sa formation, et nous ne ferons ici que rappeler des théories déjà exposées et critiquées.

Nous écarterons de suite l'hypothèse d'une société de fondation, société civile, société de fait, précédant la naissance de la société par actions. Durant la phase préparatoire, prétend-on avec cette théorie, souscripteurs et apporteurs en nature seraient unis par un lien social, qui cependant ne donnerait pas lieu à l'apparition d'un

être juridique distinct de la collectivité des associés. Ils posséderaient sous le régime de la *main commune* les divers apports ou promesses d'apport en nature et en numéraire qu'ils se seraient mutuellement obligés à réaliser. A la clôture de la période constitutive, la société par actions succéderait à la société civile des souscripteurs et apporteurs, et le patrimoine de cette dernière formerait le capital de la société nouvelle, pourvue de la personnalité morale.

Hypothèse étrange, surtout par les conséquences auxquelles elle conduit. Nous entendons bien que la société civile provisoire, en fait, n'a pas fonctionné autrement que pour les besoins de la fondation de la Compagnie ; il n'en demeure pas moins vrai qu'elle a existé pendant un certain temps, qu'ensuite elle ne s'est pas seulement transformée, mais qu'elle a fait place à une société de caractère différent. Régulièrement, il faudrait décider qu'il y a lieu à la perception d'un double droit proportionnel d'apport (0 fr. 25 0/0, décimes compris) sur l'ensemble de l'actif social (1).

Dira-t-on que les souscripteurs et apporteurs s'obligent envers les fondateurs personnellement et que ceux-ci transmettent ces promesses à la société, une fois constituée ? Mais les fondateurs peuvent être insolvables, et si leur faillite ou leur déconfiture survient dans l'intervalle, le patrimoine destiné à la société risque fort d'être absorbé par leurs créanciers. Au surplus, à raison de ce double transfert des apports en nature, il faudrait payer, outre le droit d'apport, un droit proportionnel de mutation (sur les meubles et les immeubles) et procéder à l'égard des immeubles à une double transcription.

(1) Wahl, *Régime fiscal des sociétés*, t. I, n° 19.

On s'accorde plus généralement à reconnaître que la société devient propriétaire des fonds versés par chaque actionnaire dès le jour de sa souscription (1), par suite propriétaire aussi des meubles et des immeubles, dès le jour où les actionnaires se sont engagés à les lui apporter. Encore faut-il cependant justifier cette solution, et les partisans de la thèse contractuelle se montrent incapables d'en donner une explication valable. Pour permettre à la société de soutenir dans le passé des rapports avec ses membres, on fait rétroagir sa personnalité ; mais cette rétroactivité ne cache-t-elle pas une fiction ? Quelle que soit l'hypothèse à laquelle on s'arrête, d'une gestion entreprise par les fondateurs au profit de l'être futur, ou d'une stipulation faite en sa faveur, on ne peut empêcher que la ratification du géré pour les uns, l'acceptation du tiers bénéficiaire pour les autres, survenant après coup, ait pour effet de le rendre titulaire de droits et d'obligations à une époque où ces droits et obligations ne pouvaient résider sur sa tête puisqu'il n'existait pas.

Si l'on ne veut point se heurter à de tels obstacles juridiques, il ne reste qu'un expédient, déclarer qu'à son entrée dans la société, « chaque actionnaire n'a en face de lui qu'un faisceau compact de forces solidarisées entre elles, qu'il n'existe pas de lien immédiat établi d'homme à homme, mais une série de rattachements individuels à un ensemble, à un bloc, qui est l'entreprise elle-même (2) », affirmer ainsi la personnalité interne de

(1) Goirand, t. I, n° 201 ; Lyon-Caen et Renault, n° 701 *bis*. — La société est propriétaire des fonds versés sur chaque action, mais nous avons vu que l'intention du législateur a été de rendre ces fonds indisponibles entre les mains des fondateurs jusqu'à la constitution définitive de la société.

(2) Thaller, note précitée au D. 93.1.105. M. Thaller, dans les

la société pendant sa période constitutive. Mais cette personnalité devient une réalité avec la théorie que nous avons soutenue, d'une vie embryonnaire de la corporation. Elle trouve son fondement dans la volonté collective, une et indépendante, qu'exprime la *charte statutaire*, dans cet organisme aussi en voie de développement, par lequel se manifeste peu à peu l'individualité de la société. A l'existence utérine de l'enfant conçu la loi ne rattache-t-elle pas d'ailleurs certains effets de droit ? Les deux situations présentent plus d'une analogie. Il ne faut pas hésiter à faire application ici de la vieille maxime romaine : « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* ».

La capacité juridique doit être reconnue à la société pour les besoins de sa *formation*, comme elle lui est reconnue pour les besoins de sa *liquidation* (1). Dans les deux cas, il y a séparation du patrimoine social et du patrimoine des associés, et il en résulte plusieurs conséquences importantes :

a) Pendant la formation de la société, et avant sa constitution définitive, les fonds versés et les biens meubles ou immeubles apportés en nature lui appartiennent déjà ; après sa dissolution et pendant sa liquidation, ils conti-

premières éditions de son Traité, soutenait que la société par actions devenait, vis-à-vis de ses membres, une personne morale, seulement à partir de la déclaration notariée. Dans la quatrième et dernière édition, il abandonne ce point de vue et fait remonter cette personnalité interne très haut dans le passé, au jour où deux souscriptions ont été recueillies.

(1) Houpin, t. I, n° 203, et les arrêts qu'il cite ; Thaller, n° 447 ; Lyon-Caen et Renault, n° 366 ; *Rép. des Pand.*, V° *Sociétés*, n°s 6707 et 7633, 10.966 ; Roy, *Liquidation des sociétés de commerce*, thèse Paris, 1906.

nuent de lui appartenir. Mais durant l'une et l'autre période, le capital social est indisponible entre les mains des fondateurs et administrateurs ; il est grevé d'affectation là au profit des créanciers futurs, ici au profit des créanciers antérieurs qu'il s'agit de désintéresser.

b) Lorsque l'un des associés tombe en faillite pendant la période de liquidation, la part qui doit lui revenir du patrimoine social échappe à ses créanciers personnels, ou du moins ceux-ci ne peuvent s'en partager le montant concurremment avec les créanciers de la société (1).

Si pareil fait se produit durant la période constitutive, les sommes que l'associé a déjà versées sur le total de la souscription, ou les biens qu'il a transférés à la société ont cessé d'être le gage commun de ses créanciers personnels ; ils ne pourraient rentrer dans la masse à partager entre ces derniers qu'après annulation du paiement ou du transfert, prononcée par le Tribunal de commerce usant de son appréciation discrétionnaire (art. 447, C. com.).

c) Si la personnalité de la société survit à la dissolution, la capacité des associés reste sans influence sur le mode de liquidation des biens sociaux ; y eût-il, parmi les membres actuels, des mineurs (2), la vente des immeubles pourrait néanmoins se faire à l'amiable. Aussi bien, lorsque l'un des associés vient à décéder dans l'intervalle entre cette dissolution et le partage du reliquat disponible, le tuteur de l'héritier mineur n'a-t-il point à faire

(1) Thaller, n° 447 ; Cass., 2 décembre 1885, S. 88.1.331 ; Angers, 30 août 1882, *R. S.*, 1883, p. 83 ; Cass., 11 avril 1883, *R. S.*, 1883, p. 431.

(2) Cass., 15 novembre 1887, S. 88.1.410.

apposer les scellés sur les valeurs sociales, ni à en réclamer l'inventaire.

Si l'adhésion aux statuts opère transfert immédiat de la propriété des biens apportés à la société en voie de formation, la capacité d'aliéner doit exister chez les associés seulement à cette date, et non pas lors de la constitution définitive ou, comme le pensent plusieurs auteurs (1), lors de la déclaration notariée qui ferait naître un lien de droit entre les souscripteurs et les apporteurs. Par conséquent, lorsqu'à l'associé souscripteur ou apporteur en nature succède pendant la phase préparatoire un héritier mineur, le tuteur n'a pas besoin, pour effectuer la délivrance de l'apport, d'y être autorisé par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

d) Pendant la période constitutive, comme durant la liquidation, les risques sont à la charge de la société propriétaire (*res perit domino*) ; elle seule doit supporter la perte des apports en nature, lorsqu'elle provient d'un cas fortuit, et l'associé doit demeurer indemne.

e) La loi ne défend pas la cession des actions après la dissolution de la société, mais la jurisprudence ne l'encourage point ; elle décide, en effet, qu'il convient de percevoir, à propos de cette cession, non plus la taxe de 0 fr. 75 (art. 5 de la loi du 26 décembre 1908), mais les droits de mutation ordinaires, selon la nature mobilière ou immobilière des biens composant la masse à liquider (2).

L'article 14, alinéa 1er, de la loi de 1867, frappe d'une sanction pénale les négociations d'actions antérieures au versement du premier quart. Faut-il conclure à leur nul-

(1) Houpin, *J. des soc.*, 1895, p. 481, et *Traité des sociétés*, t. I, n° 481 ; Goiffon, *op. cit.*, p. 59 ; Massart, *op. cit.*, p. 86.

(2) Civ. rej., 3 janvier 1900, D. 1900.1.586, et Thaller, n° 447.

lité ? La jurisprudence, à un certain moment, ne l'avait pas pensé, et M. Lyon-Caen (1) l'avait suivie dans cette voie ; mais bientôt après, elle abandonnait sa solution pour se ranger à l'opinion contraire (2), qui d'ailleurs l'emporte aussi en doctrine (3). Cependant la loi ne prohibe que la négociation, c'est-à-dire la transmission par les voies commerciales, et les certificats provisoires d'actions peuvent faire l'objet d'une cession civile (4). Sans doute cette cession porte sur un droit aléatoire, mais la créance que constate le certificat n'est pas moins valable, parce qu'elle existe contre un débiteur, déjà capable dans une certaine mesure, la société-personne morale pendant sa période constitutive. Le cessionnaire ne saurait donc exercer ici un recours en garantie fondé sur l'article 1693 (C. civ.).

f) Enfin le liquidateur a le droit, avec l'assentiment de la société, de continuer jusqu'à la vente l'exploitation du fonds commercial, pour que celui-ci ne périclite pas (5).

(1) Lyon-Caen, note sous un arrêt de la Cour de Lyon, 23 janvier 1884, S. 84.2.49.

(2) Paris, 2 mars 1883, *J. S.*, 1883, p. 225 ; 18 août 1884, *J. S.*, 1885, p. 652 ; 1er juillet 1886, *J. S.*, 1887, p. 112.

(3) Houpin, n° 32 ; Arthuys, n° 485 ; Thaller, n° 617, et *Revue critique*, 1883, p. 32. — *Contra* : Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 731.

(4) Paris, 14 novembre 1888, *J. S.*, 1889, p. 66 ; Orléans, 24 juillet, 1890, S. 91.2.154. — Néanmoins la jurisprudence décide que la cession de parts dans une société non encore constituée est passible, non pas du droit de 0,75 0/0, mais du droit de transmission à titre onéreux d'après la nature des biens apportés (Lille, 10 avril 1876, *Rec. Pér. de l'enreg.*, art. 4482 ; Valenciennes, 26 avril 1877, *R. P.*, art 4876 ; Rocroi, 6 mars 1891, *R. P.*, art. 7683 ; Toulouse, 10 août 1905, *R. E.*,4044. — Cf. *Dictionn des droits d'enreg.*,V° *Sociétés*, n° 692, et les auteurs cités à la note précédente.

(5) Dijon, 17 mars 1862, S. 62.2.329 ; Lyon-Caen et Renault, n° 384 *ter* ; Roy, *loc. cit.*, p. 156-157.

Nous verrons plus loin quels sont, vis-à-vis de la société, les effets de l'exploitation anticipée des apports en nature, entreprise par les fondateurs durant la phase préparatoire (1).

Toutes les conséquences que nous venons d'énumérer se réalisent, sans controverse possible, au cas d'augmentation du capital social, puisqu'alors, c'est un fait certain, la société-personne morale préside elle-même à l'accomplissement des formalités requises en pareille hypothèse. Il ne pourrait y avoir de doute que lorsque l'augmentation entraîne la création d'une société nouvelle (2).

(1) La comparaison pourrait être poursuivie sur le terrain de leur organisation interne, entre la société par actions en liquidation et la même société en voie de formation. Nous avons vu que celle-ci possède déjà certains organes. Mais les rouages de la société subsistent pendant la liquidation. Les assemblées générales continuent à fonctionner : l'assemblée ordinaire nomme et révoque les liquidateurs, l'assemblée extraordinaire a le droit de modifier les statuts, en changeant le mode de liquidation qu'ils prévoient (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 909). La composition et le mode de délibération de ces assemblées sont les mêmes que pendant la durée de la société (Cass., 20 juillet 1897, *J. S.*, 1898, p. 16. — *Adde* : Paris, 3 avril 1884, *J. S.*, 1885, p. 481 ; Seine, 3 février 1888, *J. S.*, 1889, p. 82 ; Houpin, t. II, n° 951 ; Roy, *op. cit* , p. 47 et suiv.). Sans doute les liquidateurs remplacent souvent les administrateurs, parce que plus aptes à diriger les opérations de comptabilité, mais ces derniers n'en doivent pas moins prêter leur concours à la liquidation, s'ils en sont requis (art. 211, C. com. italien). Quant aux membres du conseil ou aux commissaires de surveillance, leurs pouvoirs ne prennent pas toujours fin non plus, dès après la dissolution ; si la liquidation est longue, les liquidateurs devront leur remettre le bilan qu'ils ont à présenter annuellement à l'assemblée générale, et ils auront un rapport à rédiger (Bourguet, *Du caractère de la liquidation des sociétés*, thèse Paris, 1900, p. 122).

(2) Houpin, n° 656 ; Wahl, *De l'augmentation du capital des sociétés anonymes et en commandite par actions*, n°s 13 et 14. La même observation vaudrait pour le cas de *transformation* d'une société.

La question ne se pose pas non plus en Angleterre. A partir de l'enregistrement, la société Limited y jouit des avantages de la personnalité ; les apports en nature ou en numéraire de ses membres deviennent sa propriété. « A partir de la date indiquée dans le certificat d'incorporation, dit l'article 16, § 2, du C. C. A. les signataires du memorandum, ainsi que telles autres personnes, qui peuvent devenir ultérieurement membres de la Compagnie, forment *un corps constitué* sous le nom contenu dans le memorandum avec capacité d'exercer toutes les fonctions d'une Compagnie incorporée, avec tous ses droits, possédant un sceau, pouvant posséder *des biens territoriaux*, etc. »

B. — *Les associations.* — L'association en voie de formation a-t-elle la capacité de posséder en propre des valeurs, qui lui viennent de ses membres ? Il ne faut pas hésiter à répondre par l'affirmative, quant aux cotisations prévues par les statuts, que les associés doivent verser en adhérant au groupement ; et même, de ce chef, l'association peut, à sa naissance, se trouver propriétaire d'un capital mobilier considérable, si chaque membre, usant de la faculté de rachat, a préféré se libérer par le versement unique d'une somme, atteignant au maximum 500 francs.

N'est-il pas permis d'aller plus loin ? L'association, pendantsa période constitutive,peut-elle être propriétaire des apports immobiliers de ses membres ? L'article 6 de la loi du 1er juillet 1901 lui reconnaît le droit de posséder les immeubles nécessaires à sa destination ; mais il ne précise pas la façon dont elle les acquiert. Si l'on se reportait purement et simplement à la définition de l'article 1er, la solution négative s'imposerait. « L'association

est un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité », et dans l'exposé des motifs du projet déposé le 14 novembre 1899, M. Waldeck-Rousseau insista sur ce caractère (1). A la séance de la Chambre du 31 janvier 1901, M. Lemire déposa un amendement, tendant à introduire le mot « ressources » dans la définition. L'amendement fut écarté sur les observations de M. Trouillot, qui estima que cette addition aurait pour résultat d'étendre la capacité de l'association au delà des limites fixées à l'article 6 (2). Cet incident des travaux préparatoires n'autorise cependant pas à conclure au rejet de l'idée d'apports autres que des sommes d'argent. Par ailleurs, le projet primitif du gouvernement a été abandonné, qui refusait toute capacité à l'association simplement déclarée. L'article 6 de la loi de 1901 accorde à celle-ci la faculté d'acquérir à *titre onéreux* « les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elle se propose », et l'on ne saurait considérer comme un acte à titre gratuit l'apport d'un associé, puisque de son adhésion à la communauté, il se propose de retirer un avantage tout au moins moral. Au surplus, à la séance du Sénat du 1er juin 1901, on a entendu M. Waldeck-Rousseau lui-même soutenir cette doctrine, affirmer que lorsqu'une association jugera indispensable de posséder un immeuble, elle ne

(1) « On ne doit même dire qu'elle n'est une association pure et simple, qu'autant qu'elle met seulement en commun des facultés, des efforts personnels. »

(2) Lors de la discussion de l'article 6, la Chambre substitua le mot « cotisations » à l'expression « apports mobiliers » que la Commission avait employée. Ch. des dép., 5 février 1901 (*J. off.*, *Déb. parlem.*, p. 310 à 316).

pourra faire de déclaration que quand elle l'aura déjà (1), c'est dire que les fondateurs devront se procurer d'avance l'immeuble et en faire l'apport à l'association en voie de formation (2).

Mais nous n'apercevons aucun motif légitime de restreindre aux seuls biens immobiliers les apports en nature des associés. La loi n'a limité la capacité des associations qu'en ce qui concerne les immeubles, et pour les meubles, le droit commun reprend son empire ; car la capacité juridique des associations est une conséquence de leur individualité objective, et non pas un don gracieux du législateur (3). Quoi qu'il en soit, la difficulté disparaît à l'égard des sociétés de secours mutuels libres (à plus forte raison à l'égard des sociétés approuvées ou reconnues d'utilité publique), qui, aux termes de l'article 15 de la loi du 1er avril 1898, ont le droit de posséder des objets, et même de recevoir des dons et legs *mobiliers*.

Lorsque la transformation d'une association non déclarée en association déclarée entraîne l'apparition d'une nouvelle corporation (4), il convient d'envisager ce qui

(1) Sénat, 17 juin 1901 (*J. off.*, *Déb. parlem.*, p. 904).

(2) Chavegrin, « Comment les associations déclarées peuvent-elles acquérir les immeubles, dont il leur est permis d'être propriétaires. » *J. S.*, 1911, p. 289. — En sens contraire : Laplace, *Capacité des associations contractuelles*, thèse, p. 248 et suiv. — En pareil cas, le droit exigible est, soit le droit de mutation à titre onéreux, soit le droit de mutation à titre gratuit (si l'on déclare qu'il y a simple libéralité), mais jamais le droit d'apport de 0.20 0/0. — Comp. : *Dictionn. des dr. d'enreg.*, t. V, V° *Sociétés et associat. particul.*, n° 80.

(3) G. Pichat, *op. cit.*, n° 11 ; Hayem, *op. cit.*, n° 222.

(4) Nous avons vu que généralement il n'en était pas ainsi. Après la déclaration, c'est l'association ancienne qui se continue. Pourtant les associés ont pu vouloir formellement dissoudre l'association ancienne et en reconstituer une nouvelle.

reste du patrimoine de l'association non déclarée après sa dissolution et le paiement des créanciers sociaux, comme un apport que font à l'association nouvelle les anciens associés.

C. — *Les fondations.* — La jurisprudence civile s'est toujours jusqu'à présent refusée à valider le don ou le legs adressé directement à l'œuvre,créée par le testament ou l'acte même de donation. Elle annule la libéralité, parce que faite à un être inexistant, dépourvu de la personnalité juridique. Le Conseil d'Etat s'est montré plus libéral ; on l'a vu par un seul décret reconnaître d'utilité publique,l'établissement qui n'avait point fonctionné en fait du vivant du fondateur, et l'autoriser à accepter le legs émanant de celui-ci. Approuvée par les uns, cette jurisprudence administrative a été très vivement critiquée par les autres. Nous nous contenterons d'observer qu'avec la thèse classique de la personnalité morale, résultat d'une concession légale, l'effet rétroactif de cette concession repose sur une fiction (1).

Avec notre théorie, au contraire, cette anticipation de capacité n'a plus rien de fictif. C'est le fondateur qui crée l'œuvre de bienfaisance, lui assigne un but, lui donne une forme, et l'acte de fondation représente la charte de l'institution. L'Etat ne peut que ratifier ou non le fait accompli. Une individualité nouvelle apparaît le jour où la volonté du fondateur est rendue publique. Peut-être n'est-elle pas dès cet instant apte à remplir sa mission, et lui manque-t-il quelques éléments matériels pour pouvoir fonctionner sur le champ (par exemple

(1) Lévy-Ullmann et Grünebaum-Ballin, Essai sur les fondations par testament, *Rev. trimestr.*, 1904, p. 277-278.

le choix des administrateurs a été réservé à l'exécuteur testamentaire), mais qu'importe : les organes de l'enfant simplement conçu n'existent qu'à l'état virtuel, et cette existence virtuelle suffit à lui procurer la jouissance de certains droits. La loi se contente de possibilités de réalisation (art. 906, C. civ.), et le rôle de l'Etat intervenant à la clôture de la période constitutive sera précisément de vérifier si la personne morale, ayant atteint à ce moment son complet développement, est susceptible d'entrer en fonctions.

Dès lors, on comprend que le système de la fondation directe ne se heurte plus à une impossibilité juridique absolue. De fait, on conçoit mal que le fondateur crée un organisme charitable appelé à répartir des secours ou des récompenses entre des bénéficiaires, sans le doter, lui affecter une masse de biens qui lui permette de poursuivre son but, et nous savons que, dans notre droit, l'acte de donation, *lato sensu*, absorbe l'acte de création. Logiquement les deux actes devraient intervenir l'un à la suite de l'autre ; il faut d'abord fonder l'œuvre, puis la gratifier. Cependant, en principe, ils se confondent, et il serait vexatoire autant que contraire à la loi de l'économie des moyens, d'exiger leur séparation par un intervalle quelconque de temps.

Sans attendre que la fondation directe soit déclarée valable par le législateur français, il est intéressant de constater que la reconnaissance d'une capacité anticipée à l'œuvre nouvelle permet de répondre à la principale objection, que soulève le procédé indirect de fondation actuellement employé. Le testateur fait un legs à une personne préexistante, à charge d'organiser la fondation et de solliciter pour elle la reconnaissance d'utilité

publique. On a prétendu qu'il y avait là une donation par personne interposée (1), car le légataire apparent ne doit pas conserver la propriété des biens légués ; il est tenu le plus souvent d'en affecter la totalité au but charitable visé par le défunt. Mais l'interposition de personnes n'entraîne la nullité du legs ou de la donation que lorsqu'elle sert à dissimuler une libéralité adressée à une personne incapable (art. 9011, al. 1). En admettant donc que dans notre hypothèse il soit impossible de traiter le légataire apparent comme un légataire sérieux (2), l'annulation de la disposition testamentaire n'en résulterait pas encore ; il faudrait en effet prouver que le légataire véritable ne remplit pas la condition de l'article 906, alinéa 2, qu'il n'est pas tout au moins conçu à l'époque du décès du testateur.

SECTION II. — De l'effet des actes accomplis pour le compte des personnes morales pendant leur période constitutive.

Société par actions ou association, la personne morale quelle qu'elle soit, ne peut régulièrement commencer ses

(1) Lévy-Ullmann et Grünebaum-Ballin, *loc. cit.*, p. 264. — En sens contraire : Angers, 22 juin 1887, sous Cass. req., 6 novembre 1888, S. 90.1.241 ; Amiens, 16 février 1893, S. 93.2.353 (fondation de l'orphelinat de Villequier-Aumont) ; Paris, 1er mars 1900 (testament Goncourt), S. 1905. 2. 78 ; Cass., 12 mai 1902, D. 1902.1.425, S. 1905.1.137.

(2) La jurisprudence décide au contraire que la charge peut absorber la totalité de la valeur des legs. Cass., 5 juillet 1886, S. 90.1.241 ; Cass., 28 juillet 1903, D. 1905.1.425 ; Trib. civ. Seine, 27 février 1906, *Gaz. Trib.*, 10 juin 1906.

opérations, tant qu'elle n'est pas pourvue de tous les organes nécessaires à son fonctionnement et que son existence demeure en suspens. Et pourtant le souci de sa prospérité future fera parfois que ses fondateurs seront contraints à agir pour son compte, antérieurement à sa naissance. Y a-t-il un inconvénient à ce que la personne morale, une fois constituée, ratifie ces actes de gestion anticipée et devienne, dès avant son entrée en fonctions, titulaire de droits et d'obligations à l'égard des tiers ? La loi s'y oppose-t-elle ?

A. — Les sociétés par actions.

I. — *La législation française.*

A. — Tandis que la période de formation d'une société se prolonge souvent pendant plusieurs mois, il est indispensable que les fondateurs pourvoient à l'entretien des apports en nature et les empêchent de péricliter. Si ces apports consistent en magasins, usines ou entrepôts, il faudra faire aux bâtiments les réparations urgentes. La société propriétaire des immeubles dès le jour où l'apporteur a donné son adhésion aux statuts doit à partir de cet instant prendre, par l'intermédiaire de ses représentants, les mesures utiles à leur conservation. Mais en outre, il serait désastreux qu'usines et magasins fussent fermés dans l'intervalle ; la clientèle contracterait l'habitude de s'adresser à un autre établissement, et la société, à sa naissance, ne recueillerait plus qu'un fonds de commerce ou d'industrie désachalandé. Les organes provisoires de la Compagnie en formation sauvegarderont ses intérêts, en continuant l'exploitation (1).

(1) Au cas de transformation de la société civile ou commerciale des

D'autres fois, il s'agira d'empêcher un concurrent de s'établir et d'accaparer la clientèle. Un retard de quelques mois apporté à l'ouverture des opérations sociales suffirait à compromettre le succès de la future entreprise par actions. Les fondateurs n'hésiteront pas à mettre de suite en marche le nouvel établissement.

Souvent aussi, l'occasion se présente de conclure un marché avantageux pour la société qui n'en est encore qu'à sa phase d'élaboration. A ce moment elle obtiendra de meilleures conditions, elle profitera du bon marché des marchandises, ou bien l'immeuble dont elle a besoin se trouvera mis en vente ; il lui faudra s'en rendre immédiatement acquéreur si elle ne veut pas le voir passer entre les mains d'un autre.

Dans certains cas, la société en formation obtient une concession à la condition que l'exploitation du monopole concédé commence à telle époque. Si à la date indiquée la société n'a pas encore satisfait à toutes les formalités constitutives, les fondateurs assureront provisoirement à sa place, mais pour son compte, les services d'éclairage, de transport, de distribution de force motrice, etc., etc..., à la prestation desquels ils l'ont obligée.

Enfin il est d'usage de conclure pendant la période préparatoire certains contrats que la société doit respecter à sa naissance et qui assurent son fonctionnement : embauchage d'ouvriers et d'employés, achat du matériel, des matières premières, etc.

apporteurs en nature qui a précédemment fonctionné, en une société par actions, les membres de la société ancienne, fondateurs de la société nouvelle, continuent l'exploitation de l'établissement industriel ou commercial pour le compte de cette dernière pendant sa période constitutive, leur groupement antérieur étant dissous et ne subsistant que pour les besoins de la formation de la société par actions.

Quelles seront donc les conséquences de ces actes juridiques, accomplis dans l'intérêt de la corporation future ? Question délicate, dont la solution varie avec les diverses attitudes que les fondateurs adoptent à l'égard des tiers contractants.

B. — 1° Et tout d'abord un point paraît certain, c'est que, si les fondateurs et administrateurs agissent *au nom de la société, comme si elle était régulièrement et définitivement constituée*, ils engagent le patrimoine social, sans entendre s'engager eux-mêmes (1). Seulement la société, qui se révèle aux tiers comme ayant franchi en apparence le seuil de la phase critique, n'est en réalité qu'une société irrégulière, une société de fait, à l'existence de laquelle chacun peut mettre un terme quand il lui plaît par l'exercice de l'action en nullité. Lorsque la nullité a été prononcée, les fondateurs, auxquels elle est imputable, sont responsables envers les tiers comme envers les actionnaires. Mais il est à remarquer que, depuis 1893, leur responsabilité en toute circonstance est limitée « au dommage résultant de l'annulation ». Le législateur a voulu condamner ainsi les errements de la jurisprudence antérieure, qui déclarait les fondateurs et administrateurs tenus solidairement, et concurremment avec la société par actions annulée, de tout le passif social contracté par cette société, et affirmait entre eux l'existence d'une société de fait en nom collectif, distincte de la société par actions de fait (2). Aujourd'hui les dettes sociales grèvent le seul patrimoine de l'être moral, au nom de qui elles ont été contractées (3) ; car la personnalité de la

(1) Hémard, *loc. cit.*, p. 392.

(2) Cf. Hémard, *loc. cit.*, p. 432, et la jurisprudence qu'il cite.

(3) V. cependant en sens contraire : Trib. com. Nantes, 5 août 1908,

société par actions, dont le défaut d'existence légale a été prononcé, doit être maintenue dans le passé. La sanction de la nullité n'opère que pour l'avenir (1).

2° On conçoit aussi que les fondateurs pendant la période constitutive passent des contrats avec les tiers et entreprennent l'exploitation *sous leur propre nom*. Eux seuls alors sont provisoirement obligés (2), la société future n'étant pas réputée connue du public. Par suite, ils ne contreviennent pas à la défense de commencer les opérations sociales avant la naissance de la société, et le gérant, dans les commandites par actions, évite l'amende prévue à l'article 13 de la loi de 1867.

Si la société ne se forme pas, il est évident que les engagements, pris dans ces conditions, restent à la charge des fondateurs ; chacun en supporte une quote-part proportionnelle au montant de sa participation dans la société préliminaire civile ou commerciale, établie entre eux.

Si la société par actions, au contraire, parvient à se constituer, plusieurs hypothèses peuvent être envisagées :

a) L'assemblée générale ou le conseil d'administration de la nouvelle corporation ne juge pas à propos de porter au compte de cette dernière les opérations accomplies dans son intérêt et avant sa formation par les fondateurs ; dans ce cas, ceux-ci demeurent seuls tenus et définitivement envers les tiers des obligations contractées durant la période préparatoire. Cependant, comme la société re-

Rec. Nantes, 1908.1.422 ; et Cour de Rennes, 24 mai 1909, *Rec. Nantes*, 1909.1.277.

(1) Cf. Hémard, *loc.cit.*, titre II « Le régime des sociétés de fait » en particulier, p. 416 et 428 ; Cass., 15 juin 1910, *Gaz. Pal.*, 1910.1.22.

(2) Cf. Trib. civ. Toulouse, 22 juin 1908, *J. S.*, 1909, p. 186.

cueille le plus souvent un certain profit de ces opérations anticipées, les personnes qui les ont entreprises sont en droit de lui réclamer une indemnité jusqu'à concurrence de son enrichissement. Cela ne signifie pas qu'elles aient toute certitude de rentrer dans la totalité de leurs déboursés. Si, antérieurement à l'apparition de l'être moral, l'utilité des travaux exécutés dans son intérêt a disparu, si le matériel a été détruit, qui devait servir à l'exploitation du fonds de commerce ou d'industrie, s'il a diminué de valeur, etc., les fondateurs ne recevront aucune rémunération, ou bien ne seront dédommagés que dans la mesure du profit retiré par la société.

b) Ils s'efforceront donc d'obtenir de la corporation une fois constituée, qu'elle prenne à sa charge les actes conclus auparavant dans son intérêt, qu'elle les mentionne sur ses livres. Si elle y consent, les fondateurs, à supposer qu'ils soient toujours seuls responsables envers les tiers, seront du moins assurés de se voir rembourser l'intégralité de leurs avances, que celles-ci aient ou non tourné à l'avantage de la société.

c) Mais pourquoi ne pas admettre aussi, selon les circonstances, que les tiers créanciers consentent à l'adjonction, lors de la naissance de l'être moral, d'un nouveau débiteur (la société) aux anciens (les fondateurs), ou même au remplacement de ceux-ci par celui-là ? Au premier cas, les obligations personnelles des fondateurs subsistent à côté de celles de la société, qui ne fait en quelque sorte que les cautionner ; il y a simple délégation imparfaite, sans effet novatoire (1). Au second cas, la

(1) Ainsi en est-il lorsque les fondateurs font apport à la société d'un immeuble, à charge pour elle d'en payer le prix au précédent vendeur. On se trouve en présence d'un apport à titre onéreux, qui

société prend la place des débiteurs primitifs, qui se trouvent libérés ; il y a une véritable substitution de personnes obligées à la dette. Les créanciers antérieurs à la formation de la personne morale donneront d'autant plus volontiers leur consentement à cette adjonction ou à cette substitution que le crédit de la société nouvelle sera généralement supérieur à celui des fondateurs. Alors la décharge totale ou partielle, dont ces derniers bénéficient, ne produit plus ses effets seulement dans leurs rapports avec le siège social, mais aussi dans leurs rapports avec les tiers.

Au demeurant, pour que la société puisse passer à son compte les actes d'exploitation anticipée et devenir seule créancière et débitrice soit vis-à-vis des fondateurs, soit même vis-à-vis des tiers, il faudra lui reconnaître une certaine existence dans le passé, une certaine capacité juridique à une époque où elle n'était encore qu'en voie de formation ; et cela nous n'hésitons pas à le faire, nous qui avons affirmé l'individualité objective de la société à l'état embryonnaire.

Cependant, nous objectera-t-on, est-il bien nécessaire

somme toute équivaut à une vente à la société future. Comme la première vente faite aux fondateurs, la seconde consentie à la société doit donner lieu à la perception du droit de mutation de 5,50 0/0. — Cf. Garnier, *Soc.*, n° 170 et suiv. ; *Dictionn. Not.*, et *Suppl.*, V° *Soc.*, n° 448 et suiv. ; Maguéro, *Traité des droits d'enreg.*, V° *Soc.*, n°s 169 et 175 ; Cass., 8 mars et 18 août 1842, 30 janvier 1850, 20 mars 1855, 20 novembre 1861, 8 novembre 1864, 4 août 1869, 24 mai 1875, *J. Not.*, art 13.947, 15.623, etc. — Il y a bien en effet deux ventes successives, lorsque les fondateurs ne se sont pas réservé dans le contrat conclu avec leur vendeur la faculté d'élire command, et qu'au surplus ils n'ont pas usé de cette faculté dans les vingt-quatre heures (art. 69 de la loi du 22 frimaire an VII). — Cf. Cass., 20 mars 1855, *J. E.*, art. 16.045 ; Seine, 18 avril 1874, *J. E.*, art. 19.568.

d'aller jusque-là ? Pourquoi ne pas avouer plus simplement qu'il est possible de représenter valablement, en son nom propre, une personne future ? N'est-ce pas avec le groupe des fondateurs que les tiers ont entendu contracter ? Jusqu'à sa naissance ils ne se préoccuperont pas de la société, et peut-être ne la connaîtront-ils jamais. — Sans doute, mais on n'empêchera pas que, tout au moins dans les rapports du représentant avec le représenté, ce dernier ne soit devenu, après sa ratification, vis-à-vis du premier, rétroactivement créancier et débiteur à partir du jour où les actes ont été conclus pour son compte. Il faut donc qu'à cette date déjà il ait été capable de posséder ces droits et ces obligations.

D'ailleurs, lorsque l'opération entreprise dans l'intérêt de la société sera quelque peu importante, les fondateurs préféreront ne pas s'engager personnellement envers les tiers, car ils risquent toujours de n'être jamais désintéressés, soit parce que la société ne se constitue pas, soit parce qu'elle ne ratifie pas leurs agissements antérieurs.

3° Aussi bien un procédé beaucoup plus pratique pour eux consistera-t-il à obliger directement la société future, tout en agissant en leur nom propre (1) (sauf alors à révéler à la partie contractante l'existence de la personne morale en formation et à se porter fort pour elle) (2),

(1) « L'agissement au nom du représenté n'est pas de l'essence de la représentation. » Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation*, thèse Caen, 1898.

(2) Dans cette hypothèse, les fondateurs ne s'obligent envers les tiers qu'à une chose : faire les démarches nécessaires pour constituer la société et obtenir sa rectification. — L'Administration de l'enregistrement admet que l'immeuble est directement acquis à la société en voie de formation et que l'on ne doit percevoir qu'un seul droit de mutation sur la vente (Sol., 17 avril 1879, 4 novembre 1882, 1er mai 1885 ; Maguéro, n° 175).

mais à ne l'obliger que *sous la double condition qu'elle soit définitivement constituée et qu'elle approuve leurs opérations*. Dans cette hypothèse, en effet, les fondateurs jouent vis-à-vis du public le rôle de gérants d'affaires de la société, et la ratification du maître survenant après coup sert à valider la gestion, quelle qu'en ait été l'utilité originaire. Peut-on déclarer ce procédé valable?

La jurisprudence ne l'a pas pensé. Dans l'espèce sur laquelle le Tribunal de commerce de la Seine eut à statuer en 1892 (1), il s'agissait de la vente des établissements Decauville à une société anonyme en voie de formation, vente qui avait été consentie par acte spécial, avec cette stipulation qu'elle deviendrait parfaite lors de la constitution définitive de la société. Le Tribunal l'annula sous prétexte que « la loi n'a pas permis la vente durant la période constitutive et ne l'admet qu'après la constitution sociale, en face d'administrateurs habiles à la discuter et à la conclure sous leur responsabilité de mandataires ». La Cour de Paris (2) réforma, il est vrai, la décision des premiers juges, mais en s'appuyant uniquement sur le défaut de qualité des actionnaires demandeurs. A son tour, la Cour de cassation a décidé que « les travaux effectués avant la formation de la société sur un immeuble dont elle a reçu l'apport, ne peuvent être faits pour le compte de cette société n'existant pas encore » (3), et plus récemment le Tribunal civil de Toulouse (4) « que

(1) Trib. Seine, 12 décembre 1892, *J. S.*, 1893, p. 108. — Comp. 27 mars 1893, *J. S.*, 1894, p. 53.

(2) Paris, 23 juillet 1894, *J. S.*, 1895, p. 211, S. 94.2.105.

(3) Cass., 24 avril 1893, S. 94.1.197 et la note de M. Wahl, D. 93.1.484.

(4) Trib. civ. Toulouse, 21 juin 1908, *J. S.*, 1909, p. 186.

le néant ne peut être obligé à quoi que ce soit, et qu'il n'y a par suite d'engagements valables pour une société que ceux qui ont lieu depuis sa naissance ». Le Tribunal en conclut que le tiers, réclamant la rémunération des démarches faites pour organiser la société, ne peut s'adresser au siège social (1) et qu'il doit actionner les fondateurs personnellement (2).

Contrairement à la jurisprudence, nous jugeons le procédé tout à fait régulier et valable. Et d'abord, si les fondateurs ont eu la prudence d'agir en leur nom propre, comme d'ailleurs l'existence des droits qu'ils acquièrent et des obligations qu'ils contractent pour le compte de la société reste subordonnée à la naissance de cette dernière, il est impossible de dire qu'ils contreviennent à la défense de commencer les opérations sociales, avant que la société soit définitivement formée.

M. Houpin (3) approuve le jugement du Tribunal de la

(1) Paris, 1er juin 1888, *R. S.*, 1889, p. 573 ; 10 août 1888, *R. S.*, 1889, p. 15 ; Besançon, 3 août 1898, *J.S.*, 1900, p. 14 ; Cass., 28 octobre 1901, *J. S.*, 1904, p. 201 et S. 1904.1.37 et la note.

(2) Comp. art. 200, H. G. B.

(3) *J. S.*, 1895, p. 193, et *Traité des sociétés*, I, n° 498. — Chose curieuse, cet auteur admet sans réserve la validité de l'apport vente. Voici en quoi consiste cette opération ; un bien est apporté à la société moyennant l'attribution d'actions ou de parts bénéficiaires, et en outre le paiement d'une somme fixe soit à l'apporteur, soit, en son acquit, à un tiers. M. Houpin décide qu'un tel apport « doit être soumis à la vérification et à l'approbation des actionnaires, comme un apport en nature ordinaire, parce que la vente est inséparable de l'apport et forme un élément essentiel de la constitution de la société » (*Traité des soc.*, t. I, n° 498 — *Adde* : Dalloz, *Rép. gén.*, *Supp.*, n° 1286, mais comp. Wahl, note au S. 1901.1.321 sous Cass., 3 janvier 1900). Il semblerait plus logique avec son système de faire une distinction entre le cas où l'élément *vente* l'emporte, parce que le montant de la somme fixe à payer est supérieur à la

Seine, parce que, dit-il, « toute vente doit être acceptée par l'acquéreur et que cette acceptation ne peut résulter du fait seul de la constitution de la société »; et nous-même soutiendrons plus loin que les actes accomplis durant la période préparatoire, n'engagent le groupement anonyme qu'après un vote approbatif de l'assemblée générale constitutive. Encore faut-il remarquer que, si les fondateurs se présentent dans leurs rapports avec les tiers comme des gérants d'affaires de la société, l'utilité de leur gestion suffira parfois à l'obliger, indépendamment de toute ratification de sa part (1). Et cette utilité n'était guère contestable dans l'affaire soumise au tribunal de la Seine, puisque la vente portait sur l'objet même de la future société, sur l'établissement industriel qu'elle se proposait d'exploiter.

On insiste aussi sur l'effet rétroactif de la condition de constitution de la société. Grâce à cette rétroactivité, la corporation n'est-elle pas réputée être devenue titulaire de droits et d'obligations à une époque où elle n'existait certainement pas encore. Au surplus, qu'est-ce que cette prétendue condition, *si nascatur* ? Ne se ramène-t-elle pas plutôt à un élément essentiel à la validité du contrat : l'existence de l'une des parties contractantes ? Car, celui au nom de qui parlent les fondateurs gérants d'affaires, celui avec qui le tiers désire entrer en relations, c'est la société, dont la personnalité et la capacité juridique ne sont cependant pas antérieures à l'accomplissement de la dernière formalité substantielle Et la conclusion s'impose, l'arrivée de cet événement : l'apparition

valeur des actions délivrées à l'apporteur, et l'hypothèse inverse, pour déclarer ici le procédé valable et le repousser là.

(1) Planiol, *Traité élém.*, II, n° 2279.

de l'être moral, n'aura pas pour conséquence de faire profiter celui-ci dans le passé, des contrats conclus pour son compte par les fondateurs, puisque les effets d'un acte ne peuvent remonter plus haut qu'au jour où tous les éléments nécessaires à sa validité se sont trouvés réunis (1).

L'argument est sérieux. Il serait décisif, si l'on ne devait faire appel à l'idée d'une capacité anticipée de la société en voie de formation. Il n'y a point ici d'obstacle à la rétroactivité de la condition, parce que l'individualité du groupement, et partant sa personnalité, doivent être affirmées, nous l'avons vu, dès avant la clôture de la période préparatoire à sa naissance. L'acte qui met fin à la procédure de constitution n'a plus avec notre théorie qu'un effet confirmatif ou déclaratif. Les promoteurs, gérants d'affaires de la société embryonnaire, peuvent lui faire acquérir des droits et mettre immédiatement à sa charge des obligations (2), sous la réserve de son développement ultérieur.

C.—Quoi qu'il en soit du reste, que les fondateurs s'obligent d'abord personnellement et qu'ils repassent ensuite à la corporation les profits et les pertes de leur exploitation anticipée, ou bien qu'ils engagent directement, sans s'obliger eux-mêmes, la société, il convient que celle-ci, une fois debout, soit appelée à contrôler leurs agissements et à les ratifier. C'est à l'assemblée générale des actionnaires que ce rôle incombera. Durant la période constitutive, il ne peut être opéré de prélèvements sur le mon-

(1) Chausse, De la rétroactivité dans les actes juridiques, *Revue critique*, 1900, p. 529.

(2) Comp. : Wahl, note au S. 94.1.197.

tant du premier quart versé du capital social. Les Cours et tribunaux l'ont formellement déclaré à propos des commissions promises par les fondateurs aux banquiers et établissements financiers, chargés de l'émission publique des titres (1). Les frais de constitution (rédaction des statuts, impression de circulaires, de titres, etc...) et de premier établissement, ainsi que toutes les autres dépenses faites par les organes provisoires de la société, doivent être approuvés par l'assemblée des actionnaires, ou, si les statuts lui confèrent pouvoir à cet effet, par le premier conseil d'administration.

Quelle sera l'assemblée autorisée à émettre un vote sur les actes de gestion des fondateurs ? On a prétendu jadis (2) que l'assemblée constitutive de vérification des apports n'avait pas qualité pour prendre une telle décision, la loi ne lui ayant pas expressément confié cette mission. Mais nous avons par ailleurs combattu la théorie

(1) Cass., 2 mai 1887, S. 87.1.318 ; Cass., 17 juillet 1885, S. 87.1.286) ; Paris, 15 juillet 1885, D. 86.2.285 ; 7 août 1895, *J. S.*, 1896, p. 370 ; Trib. Seine, 27 février 1895, *R. S.*, 1895, p. 500 ; 2 janvier 1899, *J. S.*, 1899, p. 221 ; Trib. Marseille, 2 août 1899, *J. S.*, 1900, p. 80 ; Le Havre, 30 janvier 1905, *J. S.*, 1906, p. 132 ; Paris, 2 janvier 1906, *J. S.*, 1906, p. 211 ; Trib. com. Seine, 25 novembre 1909, *J. des trib. de com.*, 1911, p. 125. — Cf. Houpin, *Traité*, I, n° 460 et 538, et *J. S.*, 1902, p. 146 ; Goirand, *op. cit.*, n° 136. Lacour, *loc. cit.*, n° 433. — En sens contraire : Vavasseur, *op. cit.*, n° 397 *ter* ; Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 700 ; Arthuys, I, n° 335. — Un arrêt a été jusqu'à décider que la commission due au banquier ne pouvait être payée sur le montant du premier quart, même après la constitution de la société (Cass., 28 octobre 1901, précité).

(2) Goiffon, *op. cit.*, p. 83.

(3) Trib. com. Havre, 11 avril 1905, *J. S.*, 1907, p. 171 et la note C. H. sous le jugement. — L'ordre du jour de l'assemblée devra viser l'approbation de ces actes, et on exigera la majorité requise pour les actes de gestion extraordinaire (Thaller, *Droit com.*, n° 532).

qui ne voit dans cette première manifestation de la vie corporative qu'une réunion de souscripteurs, dont les attributions ne sauraient être étendues en dehors des limites prévues par la loi. L'assemblée constitutive fonctionne sur le modèle des assemblées de la société en cours, et ses pouvoirs ne sont pas inférieurs aux pouvoirs de ces dernières. Les fondateurs ont le devoir de soumettre à son approbation les actes déjà passés pour le compte de la personne morale.

Si la société, par l'organe de son assemblée générale, prend à sa charge toutes les obligations contractées durant la période constitutive, elle risque de se trouver, à sa naissance, grevée d'un passif souvent considérable. Certes, nous ne le contestons pas, il y a là une source possible d'abus (1) : une société va se déclarer formée au

(1) M. Léouzon-le-Duc a décrit ces abus en termes saisissants : « Les promoteurs avisés respectent la forme ; c'est le fond qui manque le plus. Comment donc procèdent-ils ? Ils sont en possession d'une affaire, un brevet, une mine, une concession. Ils se gardent d'en faire l'apport à une société ; on le leur paierait avec des titres sans négociabilité, qu'ils n'ont nul souci de conserver deux ans en portefeuille. Ils s'y prennent autrement. L'un d'eux *vendra* l'affaire à la société anonyme que les autres fonderont d'ordinaire avec le concours d'une banque affiliée qui les aidera à souscrire le capital. Entre le vendeur et les fondateurs, le marché est fait *avant la naissance de la société* ; celle-ci réalisera la vente. Le vendeur, les fondateurs ont la même poche. La majeure partie du capital, décaissé par les fondateurs au moment des formalités de constitution de la société, est encaissée par le vendeur. » Réforme de la législ. des soc. par actions. *Rev. pol. et parlem.*, 1909, p. 255. — Le Tribunal de commerce de la Seine a très justement décidé que doit être annulée une société, qui a ratifié l'attribution d'une commission aux fondateurs pour frais d'émission et de constitution, telle qu'elle a pour but de masquer le défaut de versement du premier quart sur une partie des actions (Trib. Seine, 17 janvier 1911, *Gaz. Pal.*, 10 mai 1911, *R. S.*, 1912, p. 256, *J. S.*, 1913, p. 73).

capital de plusieurs millions, tandis que, avant même d'entrer en fonctions, elle assumera des dettes pour une somme peut-être équivalente; et les tiers, qui traiteront avec elle dans la suite, ignoreront la plupart du temps cette situation financière préexistante. Comment remédier à cet inconvénient ? Par une publicité plus complète et mieux organisée des bilans et des rapports rédigés sur la conduite des affaires sociales, par la publicité aussi d'un rapport, qui serait présenté à l'assemblée constitutive sur la marche de la fondation et les opérations conclues dans l'intervalle par les fondateurs (1).

Dès maintenant, les effets de la capacité anticipée que nous avons reconnue à la société par actions en voie de formation ne peuvent surprendre tout à fait la bonne foi des créanciers postérieurs à la constitution définitive. En fait, ceux-ci auront dû avoir connaissance des préliminaires de cette constitution. La vie embryonnaire de la société n'est pas une vie complètement occulte. A l'origine des sociétés qui se forment par appel au public, les seules du moins dans lesquelles la période préparatoire ait une durée appréciable, les promoteurs rédigent un prospectus, des circulaires qu'ils répandent dans le public pour l'inviter à souscrire. On sait aussi que, depuis la loi de finances du 30 janvier 1907 (art. 3), au début de la phase constitutive, avant que les titres soient mis en souscription, les émetteurs sont tenus, sous peine d'une amende de dix mille à vingt mille francs, de faire insérer au *Bulletin des annonces légales obligatoires* une notice, donnant les principales indications sur la société future, nom, siège, objet, durée, etc. (2).

(1) Cf. art. 191 à 194 du H. C. B. — Comp. *infra*, notre conclusion et Lacour, *op. cit.*, n° 460.

(2) Comp. article 32 de la loi belge de 1886-1913. « La société peut

Mais les choses ne se passent pas ainsi dans les sociétés de personnes. Là nous avons nié l'existence d'un être juridique distinct des associés et d'une période préparatoire à sa naissance, durant laquelle il jouirait déjà d'une certaine capacité. Il en résulte que toutes les dettes, contractées pour le compte de la masse sociale antérieurement à son apparition, n'échappent à la nullité, qu'autant qu'on les considère *comme nées au plus tôt à l'instant même où le contrat a été conclu entre les associés*. Parce que concomitantes à la création du lien social, elles deviennent un incident de cette création, et pour ce motif nous pensons qu'il y a lieu de les mentionner dans l'acte de société. C'est à cette seule condition (1) qu'elles pourront valablement être opposées aux créanciers postérieurs.

II. — *Droit comparé.*

A. — Dans les pays qui ont adopté l'institution du registre du commerce, la société par actions n'existe pas en tant que telle avant son incorporation, et cette règle est généralement complétée par la suivante : ceux qui agissent au nom de la société avant que l'inscription soit opérée, sont personnellement et solidairement responsables (art. 200 du H. G. B., art. 623, C. féd. des oblig., art. 178 et 211, C. autrichien).

En Allemagne, il est incontestable d'abord que, si la société par actions a fonctionné sans avoir satisfait à la formalité de l'enregistrement, elle ne peut être

aussi être constituée au moyen de souscriptions. L'acte de société est préalablement *publié* à titre de projet. »

(1) Cass., 14 décembre 1886, S. 87.1.310, D. 87.1.103 et la note ; Dalloz, *Supplém.*, V° *Société*, n° 698. — En sens contraire : Cass., 14 février 1912 précité.

annulée en cette qualité. Les avis sont partagés sur sa nature. Il faudra la traiter, suivant les uns, comme une société en nom collectif ; suivant les autres, comme une société de fondation, présentant déjà certains caractères de la société par actions (1) ; d'après Gierke (2) et Lehmann (3), comme une association dépourvue de capacité, à laquelle d'ailleurs s'appliquent, aux termes de l'article 54 du B. G. B., les règles sur la société civile. La responsabilité des fondateurs et administrateurs, qui auront agi au nom de la société, sera engagée dans les conditions prévues à l'article 200 du H. G. B. On discute seulement la question suivante : cette responsabilité doit-elle être écartée, lorsque le tiers a eu connaissance de la non-incorporation de la société ? Selon l'opinion qui semble l'emporter (4), même en pareil cas, les fondateurs et administrateurs ne peuvent s'y soustraire, sauf l'effet d'une stipulation contraire, qui reste toujours permise, pourvu qu'elle soit acceptée par le cocontractant.

A l'inverse, si les fondateurs n'ont participé à un contrat au nom de la société que sous la condition de son existence future et de sa ratification, les effets de l'acte sont suspendus jusqu'à la constitution du groupement, ou au vote de l'assemblée générale. Si l'un de ces deux événements ne se produit pas, le contrat sera censé n'avoir jamais existé. Dans cette hypothèse, la responsabilité

(1) Cosack, *op. cit.*, trad. Mis, t. III, § 115.

(2) *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*, Berlin, 1902, p. 40.

(3) *Lehrbuch*, § 80, p. 401.

(4) Ring, *op. cit.*, p. 412, n° 2 ; Lehmann, *Recht der Aktieng.*, t. I, p. 442 ; Silbernagel, *op. cit.*, p. 376. Décision du Reichsgericht du 21 septembre 1900 (*R. Ger. Entsch.*, Bd 47, 1901, p. 1). — En sens contraire : Staub, *Kommentar*, p. 606.

personnelle et solidaire des fondateurs n'est pas en jeu (1), sauf s'ils se sont portés garants de la constitution ou de la ratification.

L'article 209, alinéa 2, du H. G. B., déclare nulle aussi l'émission d'actions ou de certificats provisoires, faite au nom d'une société non incorporée, et l'article 200, alinéa 2, prohibe la cession de ces titres. Les émetteurs, qui ont contrevenu à la prohibition légale, doivent aux porteurs des titres réparation du dommage que l'émission leur a causé. D'ailleurs les actions nulles ne deviennent pas valables de plein droit par l'incorporation (2) ; il faut qu'intervienne alors une nouvelle émission, ou du moins une confirmation, de la part de la société, de l'émission irrégulière.

Le Code *suisse* des obligations contient des règles à peu près identiques à celles de la législation allemande. Néanmoins il importe de signaler la disposition originale et très heureuse de l'article 623, alinéa 3, qui tranche une controverse susceptible de s'élever dans les autres pays (3). Lorsque les fondateurs se trouvent personnellement obligés, soit parce qu'ils ont contracté en leur nom propre, mais sous condition de constitution de la société (4), soit parce qu'ils ont agi prématurément au

(1) Comp. Canstein, *Lehrb. des oesterr. Rechts*, I, p. 481.

(2) Lehmann, *loc. cit.*, § 40.

(3) En Allemagne, Sieberg soutient que la substitution de la société à la personne, qui a passé un contrat en sa faveur avant l'enregistrement, décharge cette personne de toute responsabilité (*Beendet der Eintritt der Aktiengesellschaft die Haftung des vor ihrer Eintragung für sie handelden Vertreters* ? dans la *Jur. Wochenschrift*, 1912, p. 115).

(4) Si pareille réserve n'était pas stipulée, les fondateurs, en effet, ne pourraient être libérés par la suite qu'avec le consentement des créanciers. V. Rossel, *Manuel de droit féd. des oblig.*, n° 816.

nom de la société, si cette dernière assume leurs obligations dans les trois mois à dater de son inscription sur le registre du commerce (1), ils sont valablement déchargés et, ajoute l'article 623, alinéa 3, « *le créancier est tenu de reconnaître la société comme son seul débiteur* ». La ratification émanée de la corporation n'a pas besoin d'être formelle ; elle peut consister dans l'exécution des contrats passés avant l'enregistrement.

En Angleterre, la société par actions publique ne peut commencer ses opérations qu'après la délivrance du second certificat d'incorporation, et la loi frappe toute personne responsable de cette contravention d'une amende maximum de cinquante livres sterling par jour (tant que se prolonge la contravention) (art. 87, al. 5, du C. C. A.). Mais il ne faut pas oublier qu'avant la délivrance de ce certificat, la Compagnie est déjà pourvue de la personnalité juridique ; aussi lui reconnaît-on le droit de s'engager provisoirement, de passer des contrats conditionnels (autres qu'un contrat d'emprunt), qui ne deviendront définitifs qu'à partir de l'instant où elle sera autorisée à fonctionner (art. 87, al. 3).

B. — Bien qu'elle ne connaisse pas l'institution du registre du commerce, et par suite qu'elle n'attache point une importance particulière à l'accomplissement de la dernière formalité constitutive de la société par actions, la législation *belge* se montre rigoureuse à l'égard des fondateurs, qui entreprennent trop tôt la gestion des affaires sociales. Elle les déclare « tenus solidairement envers les intéressés, et *malgré toute stipulation contraire :* 1° de

(1) Passé ce délai, le consentement des créanciers devient nécessaire, pour que la substitution de débiteur leur soit opposable. Cf. Silbernagel, *op. cit.*, p. 405.

tous les engagements sociaux contractés jusqu'à ce que la société ait sept membres au moins (art. 35 de la loi de 1913) ». C'est qu'en Belgique la responsabilité des fondateurs remplace la nullité, comme sanction des conditions de fond de la formation des sociétés par actions.

Nous pensons au contraire qu'en *Italie* rien n'empêche les fondateurs d'obliger provisoirement la société par actions, sans s'obliger eux-mêmes. L'article 138 du Code de commerce range parmi les attributions de l'assemblée constitutive : la délibération sur l'opportunité d'approuver les opérations faites par les fondateurs, autres que celles nécessaires à la constitution de la société.

B. — Les associations.

I. — Dans les mêmes circonstances que les fondateurs d'une société, les promoteurs d'une association seront contraints parfois de contracter pour le compte de la personne morale encore à l'état embryonnaire (location d'un immeuble, achat de mobilier, de fournitures diverses, etc.), et ici également pour étudier les effets de leurs agissements anticipés, il convient de faire une distinction entre leurs différentes manières de procéder vis-à-vis du public.

a) Les fondateurs peuvent traiter avec les tiers d'abord en *leur propre nom*. Eux seuls alors sont obligés envers leurs cocontractants, eux seuls acquièrent de lui des droits, quitte à repasser, après la constitution, ces droits et ces obligations à l'association qui les désintéressera, ou du moins quitte à pouvoir répéter contre elle le montant de leurs dépenses, dans la mesure de son enrichissement final. Nous n'insisterons pas sur cette hypothèse ; elle a été envisagée à propos de la société par actions.

b) Si les promoteurs, par contre, agissent *au nom de la corporation, comme si elle était déjà définitivement créée et pourvue de la capacité juridique*, c'est-à-dire comme si elle était déjà déclarée ou reconnue d'utilité publique, il y a lieu, tandis que l'on ne peut prononcer la nullité et la dissolution de l'association (1), de la convertir en un groupement de nature et de capacité inférieures. L'association doit être tenue pour ce qu'elle est dans la réalité : une association non déclarée, par suite incapable. On appliquera la sanction de l'article 17, alinéa 1^er^, de la loi du 1^er^ juillet 1901, qui renvoie expressément à l'article 2 de cette loi : le tribunal annulera sur la demande de tout intéressé, les actes tendant, soit directement, soit indirectement grâce à l'interposition d'une société civile ou commerciale, à l'accumulation de biens et à la création d'un patrimoine appartenant en propre à un être moral distinct des associés (2).

c) Mais il est pour les fondateurs une troisième façon d'accomplir des actes juridiques pour le compte d'une

(1) L'article 7, al. 2, de la loi du 1^er^ juillet 1901 ne s'applique en effet qu'aux associations déclarées, qui ont commis quelque inexactitude dans la déclaration (arg. des mots : en cas d'infraction aux dispositions de l'art. 5) ; il ne renvoie pas à l'article 2. On dira peut-être que l'article 5 parle de « l'association qui veut obtenir la capacité juridique » et que les fondateurs, dont les opérations ont pour résultat de constituer un patrimoine commun, expriment cette volonté. Mais ce patrimoine, les associés peuvent vouloir le tenir en main commune, et ils prouvent suffisamment leur intention, en ne désavouant pas les actes des fondateurs. Cf. Trouillot et Chapsal, *op. cit.*, p. 506 ; Hauriou, *Pr. de droit public*, p. 510. — Il faut reconnaître cependant que si la déclaration ou la reconnaissance d'utilité publique avait été prévue par les statuts, l'article 7, al. 2, devrait s'appliquer.

(2) G. Pichat, *Le contrat d'association*, n^os^ 83 et 111.

association pendant sa période constitutive. Elle consiste, tout en parlant *au nom de la personne morale en voie de formation*, à ne stipuler des droits à son profit et à ne l'engager que *sous la réserve de sa naissance ou de sa ratification*. Si la condition vient à défaillir, l'acte sera censé n'avoir jamais existé ; si elle se réalise, les effets de cet acte remonteront au jour où il a été conclu.

Seulement, pour justifier une pareille solution, il faut reconnaître à l'association non encore définitivement apparue à la vie juridique, une personnalité provisoire et conditionnelle, qui en fasse dès à présent le centre de droits et d'obligations ; sinon, l'effet rétroactif de sa naissance perd sa raison d'être et risque de porter atteinte aux droits acquis par les tiers dans l'intervalle.

Et c'est là au fond l'obstacle que la Cour de cassation, dans son arrêt du 7 février 1912 (1), n'a pas su éviter. On se souvient des faits. Une association pacifiste anglaise avait été appelée à recueillir un legs universel, tandis qu'au décès du disposant elle n'était pas incorporée en Angleterre et qu'elle manquait donc, au dire des demandeurs (2), de la capacité de recevoir à titre gratuit. Or, affirme la Cour suprême, à supposer même que le droit anglais admette la rétroactivité de l'incorporation, cette disposition ne doit pas s'appliquer en France, parce qu'elle y est au contraire à l'ordre public.

Oui, nous comprenons bien que l'ordre public réclame qu'un enfant non conçu ne puisse être directement

(1) *Rev. trimest.*, 1912, p. 217 ; *J. de droit internat. privé*, 1912, p. 871 et la note de M. Perroud.

(2) L'association prétendait au contraire, en sa qualité de charity, jouir de cette capacité avant d'être incorporée. Comp. Escarra, *Les fondations en Angleterre*, Paris, 1907.

gratifié par donation ou par testament, mais peut on raisonnablement soutenir qu'il s'oppose à ce qu'une personne morale, qui n'a pas encore satisfait à toutes les formalités légales de constitution, reçoive une libéralité ? S'il fallait à tout prix trouver à celle-ci un équivalent dans le monde physique, c'est plutôt à l'enfant conçu qu'il conviendrait de l'assimiler, car avant la clôture de la phase préparatoire, l'association existe déjà, elle possède une individualité certaine, véritable fondement de sa capacité anticipée (1). La déclaration ne la fait pas sortir du néant.

Il est curieux de constater comment, en d'autres circonstances, la Cour de Douai n'a pas hésité à s'affranchir des préjugés, qui retiennent la Cour de cassation. Par l'arrêt du 17 mai 1911, elle a déclaré recevable l'action dirigée contre Mgr Villiez, évêque d'Arras, signataire de la lettre pastorale du 14 septembre 1909 des cardinaux, archevêques et évêques de France « sur les droits et les devoirs des parents relativement à l'école », action intentée par l'Association amicale des membres de l'enseignement primaire du Pas-de-Calais, qui n'avait obtenu la capacité juridique conformément à l'article 5 de la loi de 1901 qu'après la publication de la lettre incriminée : « attendu, dit la Cour, qu'il est constant qu'aux termes de l'article 2 de la loi de 1901, le contrat d'association est régi par les principes généraux du droit et l'association existe par le seul consentement des parties sans autorisation, ni déclaration préalable ; donc si elle existait, elle a pu subir un préjudice, et il importe peu que ce soit postérieurement aux faits dommageables qu'elle a

(1) Cf. Michoud, *op. cit.*, t. I, p. 419.

rempli les formalités nécessaires pour lui permettre d'en demander la réparation » (1).

II. — Selon nous, lorsque l'association non capable, non déclarée, après avoir fonctionné un certain temps en cette qualité, se transforme en association capable, son identité ne change pas (2). Il n'y a pas dissolution de l'association ancienne et création d'une corporation nouvelle. L'association primitive subsiste avec une capacité différente, elle atteint son complet développement.

Avant la déclaration, des dettes ont pu être contractées pour le compte de la collectivité ; si l'associé gérant a révélé aux tiers le mandat qu'il tenait de ses coassociés, ces derniers se trouvent obligés conjointement avec lui (3), et comme il n'y a pas eu affectation publiquement réalisée d'un patrimoine commun au but social, les créanciers de l'association ont le droit de saisir les biens personnels des associés.

Après la déclaration, à qui incombe le paiement des dettes sociales antérieures ? La Cour de cassation (4) a jugé jadis qu'une société de secours mutuels non reconnue, devenue personne morale à la suite d'une autorisation préfectorale (sous l'empire de l'ancienne législation), devait assumer la charge des pensions de retraite promises aux bénéficiaires par ses membres avant l'autorisation, et nous pensons qu'elle a bien jugé. Les partisans de l'idée de la création d'une association nouvelle diront que les associés font apport à celle-ci de l'actif et du

(1) S. 1912.2.11, et la note de M. Chavegrin.

(2) Cf. les auteurs cités à la note 2 de la p. 234.

(3) Cass , 30 décembre 1857, S. 58.1.225 ; 4 mai 1859, S. 59.1 377 ; Paris, 21 février 1879, S. 80.2.177.

(4) Cass., 8 janvier 1900, S. 1901.1.417.

passif de la société ancienne (1). C'est peut-être là une explication dangereuse (2), et pour le moins insuffisante. Qu'adviendrait-il, en effet, si les associés manifestaient une volonté contraire ? Il est préférable, avec notre théorie, d'admettre à ce point de vue l'effet rétroactif de la personnalité acquise par l'association non capable ; les créanciers doivent désormais considérer la corporation comme leur seul débiteur (3). Et cette rétroactivité ne repose pas sur une fiction, puisqu'en réalité, après la déclaration ou la reconnaissance, l'individualité du groupement est restée la même qu'auparavant.

(1) Comp. la note de M. Wahl sous l'arrêt précité ; Von Thur (*op. cit.*, § 40) parle d'une cession de tous les éléments du patrimoine ancien à l'association capable.

(2) Il a été jugé qu'au cas de dissolution d'une société ancienne et de création d'une société nouvelle, les droits conférés par l'ancienne société à ses fondateurs sont éteints et ne peuvent revivre *sans une intention nettement manifestée* par la nouvelle société de créer des avantages particuliers au profit des fondateurs originaires. Une simple réserve insérée dans les statuts ne suffit pas. C. Gand, 28 novembre 1911, *J. des soc.*, 1931, p. 71.

(3) Comp. l'art. 623, al. 3, du Code féd. des oblig.

CONCLUSION

La conclusion de notre travail, nous l'avons suffisamment laissé entendre dans les pages précédentes, est en faveur de la reconnaissance d'une existence anticipée des personnes morales pendant leur période constitutive.

Après avoir démontré que corporations et fondations ne peuvent être, au regard de la loi, créées en un seul instant, nous avons tâché d'analyser les divers rapports de droit qui préparent leur naissance. Et cette étude nous a conduit à reconnaître dans l'élaboration collective ou individuelle d'un statut, auquel d'autres volontés ne font qu'adhérer par la suite, l'acte mystérieux de conception, par quoi est réalisée l'individualité d'un nouvel organisme social. Mais cet acte intervient au début de la procédure constitutive. Dès lors, c'était enlever toute valeur créatrice à la formalité, qui clôture les opérations de fondation ; dès lors, c'était affirmer la présence de l'être moral durant ces opérations, et nous avons essayé, dans notre dernière partie, de rechercher les manifestations tant internes qu'externes de son activité juridique.

Cette idée est grosse de conséquences pratiques. Avec elle on aboutit, — en matière de sociétés par actions et d'associations, à rendre la corporation, propriétaire des apports de ses membres du jour où ces derniers souscrivent aux stipulations de la charte qui la régit, à conférer à ses organes provisoires des pouvoirs de représentation ; — en matière de fondations, à permettre à

l'auteur de l'œuvre charitable de la doter en même temps qu'il la crée. Et ces conséquences appellent une intervention du législateur ; car ici, il convient de veiller à ce que les droits des héritiers du testateur ne soient pas compromis ou tenus trop longtemps en suspens, là, à ce que les sommes versées par les souscripteurs ne soient pas gaspillées par les fondateurs.

Une réglementation de la constitution des fondations, selon les principes dégagés par la Société d'études législatives, s'impose. Il faut rompre avec cette vieille conception de la personnalité morale, fiction de la loi et concession de l'autorité publique. Peut-être cependant le projet de la Société gagnerait-il à être complété sur un point, la détermination de la durée de la période constitutive de la fondation, c'est-à-dire du délai qui s'écoule entre l'acte de donation, ou le décès du fondateur et le dépôt de l'acte constitutif à la Préfecture du département (1).

Que penser de notre législation sur la création des sociétés par actions, sinon qu'elle est et qu'elle sera sans doute perpétuellement à réviser ? Car, on l'a dit (2), « les textes proposés, quels qu'ils soient, ne résoudront jamais toutes les difficultés et surtout ne supprimeront pas toutes les fraudes ». Mais il est certain que, dans la refonte prochaine des lois actuelles, cette notion de la personnalité de la société à l'état embryonnaire inspirera de salutaires réformes.

L'importance que nous avons attribuée aux statuts

(1) Comp. art. 4 du projet. — Voir aussi le projet déposé en 1897 sur la représentation des pauvres et l'administration des établissements d'assistance.

2) René Nouel, *Les sociétés par actions. La réforme*, 1911, p. 328.

exigera qu'ils soient rédigés sous une forme définitive, par acte authentique (1), et déposés dès le début dans une étude de notaire où le public ira les consulter, tandis qu'aujourd'hui on ne communique souvent aux souscripteurs qu'un vague projet, et que les indications du *Bulletin des annonces légales obligatoires à la charge des sociétés financières* ne les renseignent qu'imparfaitement sur la composition du capital social et la valeur des apports en nature. Il convient de prévenir les manœuvres frauduleuses des fondateurs, si par ailleurs nous refusons aux souscripteurs, leurs victimes, le droit de se retourner contre la société après sa constitution et de lui demander réparation du dommage qu'elles leur ont causé.

La constitution des sociétés par actions devrait être entourée d'une plus grande publicité. Il faudrait obliger les fondateurs à rédiger une notice, contenant des mentions détaillées sur toutes les conditions de formation de la société que les souscripteurs ont intérêt à connaître avant de donner leur adhésion, non seulement sur les apports et les avantages concédés aux apporteurs et fondateurs, et en général sur les clauses principales des statuts, mais aussi sur les contrats et marchés, mis éventuellement à la charge de la société, sur le montant des commissions allouées aux banquiers pour le placement des titres ou pour toute autre cause (2).

(1) Ou s'ils sont rédigés sous seing privé, ils devront être déposés aux minutes d'un notaire avant toute souscription. Cf. Colin, *op. cit.*, p. 81.

(2) A ce propos, M. Colin juge insuffisantes les indications de l'article 58 du projet soumis à la Chambre ; aussi a-t-il déposé, le 26 mars 1908, un amendement, qui s'inspire des dispositions de la loi anglaise sur le prospectus (Cf. Colin, *loc. cit.*, p. 219 et suiv.). — En *Belgique*,

A d'autres égards, on tiendra compte de la personnalité de la société en formation pour définir la situation de ses organes provisoires. Les pouvoirs des fondateurs devront être reconnus à l'effet d'engager la société sous réserve de sa ratification, en même temps qu'un mandat légalement conféré à l'assemblée constitutive de voter sur l'opportunité d'approuver leurs actes antérieurs de gestion. Après la ratification, les créanciers, dans tous les cas, seront tenus de considérer la société comme leur seul débiteur. A l'assemblée constitutive, il appartiendra aussi de modifier les statuts, de réduire ou d'augmenter l'évaluation des apports en nature.

Mais surtout, il serait utile qu'à côté des organes d'administration, le législateur instituât des organes de surveillance de la société en formation. A l'heure actuelle, les commissaires n'entrent en fonctions qu'après la réunion de la première assemblée constitutive qui les nomme ; le plus souvent, ils risquent d'être à la dévotion des fondateurs, et leur rapport sur les apports en nature et les avantages particuliers manque parfois d'exactitude et de sincérité. L'intervention d'experts, de Reviseurs, chargés de contrôler l'ensemble des opérations de fondation, nous paraît une réforme désirable (1).

aux termes de la loi récente du 25 mai 1913, toutes ces mentions doivent figurer dans l'acte même de société (art. 30 nouv.) ; elles sont reproduites sur les prospectus, circulaires et bulletins de souscription (art. 32 nouv.). D'ailleurs l'acte de société est, dès le début, dressé en la forme authentique et publié à titre de projet (art. 32).

(1) L'intervention d'experts, ayant pour mission de vérifier les apports en nature et la régularité de la souscription du versement du quart, prévue dans le projet de 1882, a été préconisée par MM. Thaller (Réforme de la loi des sociétés par actions, *Revue politique et parlementaire*, 1903, p. 101 et suiv.), Léouzon-le-Duc (*loc. cit.*, *Revue*

Il y aurait lieu de la compléter par l'introduction ou plutôt la généralisation d'un système, qui s'applique déjà aux sociétés d'assurances sur la vie et de capitalisation, le système de l'enregistrement. Avec lui, les sociétés par actions continueraient à se former librement, mais elles n'auraient le droit de *fonctionner* qu'après avoir été enregistrées et soumises à un contrôle rigoureux (1). La société *définitivement constituée* devrait satisfaire à cette formalité avant de pouvoir entreprendre ses opérations.

Quelle serait l'autorité chargée de procéder à cet enregistrement? Il semblerait rationel que ce fût celle-là même, qui aurait pour mission de centraliser tous les documents intéressant la constitution et le fonctionnement des sociétés et à qui l'on pourrait demander sans frais, ou moyennant une légère rétribution, copie et communication des diverses pièces : statuts, bilans, rapports, délibérations concernant telle entreprise collective. La nécessité se fait sentir de la création d'un Office national des sociétés par actions. Cet Office jouerait un double rôle :

pol. et parlem., 1909, p. 270 et Lacour, *Droit commercial*, n° 459 ; elle est au contraire repoussée par M. Nouel (*loc. cit.*, p. 218 et suiv., 237 et suiv.). Dans le projet du 28 février 1907, ce rôle de vérificateurs est dévolu aux établissements de crédit, dépositaires des fonds des souscripteurs ; l'article 1er porte que « les fonds provenant des souscriptions ne peuvent être retirés de l'établissemnt dépositaire... que *contre la production des pièces justifiant que la société a bien été constituée* ».

(1) Comp. en ce sens la proposition de loi présentée à la Chambre des députés le 1er mars 1912, par MM. E. Bender, Chapuis, etc. (*J. des soc*, 1913, p. 187, *Rev. des soc.*, 1912, p. 306). L'article 12 de la proposition laisse aux intéressés la faculté de se pourvoir devant le Conseil d'Etat contre le refus d'enregistrement. — C'est sur la distinction des formalités de constitution de fonctionnement, que repose, en définitive le système *anglais* de la création des sociétés par actions. — Cf. *supra*, p. 100 s.

il contrôlerait la marche de la fondation, en même temps qu'il assurerait la publicité de la naissance et du fonctionnement de la société (1).

La personne morale, durant sa période constitutive, existe déjà. Néanmoins il faut s'entendre, elle ne fonctionne pas encore. Son existence provisoire, limitée n'est, que le prélude et la condition de son existence future. Car « rien ne commence par l'état adulte, tout au contraire commence par l'état naissant et rudimentaire, et passe par une succession de degrés, par une infinité de phénomènes infiniment petits jusqu'à ce qu'il apparaisse enfin sous sa forme précise et déterminée, qui elle même à son tour se dissout de la même manière par une régression de phénomènes, analogue au progrès qui l'a amenée : c'est ce qu'on appelle la *loi d'intégration et de dissolution* (2). »

Vu :
Le Président de la Thèse,
J. HÉMARD.

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,
F. DESSERTEAUX.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Dijon,
E. BOIRAC.

(1) Comp. Nouel, *loc. cit.*, p. 287 et suiv. ; Hémard, *loc. cit.*, n° 404.— La fondation d'un Office national des sociétés anonymes a fait l'objet d'une proposition de loi, déposée sur le bureau de la Chambre, le 17 février 1913, par MM. Géo-Gérald, Leboucq, Noulens, etc... (*Rev. des soc.*, 1913, p. 234).

(2) Paul Janet, *Les causes finales*, liv. I, chap. VII.

BIBLIOGRAPHIE (1)

Barrault. — Le droit d'association en Angleterre. Thèse Paris, 1908.

Benettini. — Il dolo dei promotori delle Societa anonime e gli azionisti, dans la revue *La Societa per azioni*, 1911, p. 233 et suiv.

Bolchini. — La costituzione delle Societa commerciali per azioni mediante publica sottoscrizione, dans la *Rivista di Diritto commerciale*, 1903, I, 436.

Cellérier. — Etude sur les sociétés anonymes en France et dans les pays voisins. Paris, Larose et Tenin, 1905.

Colin. — Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions. Paris, *Recueil Sirey*, 1911.

Coquet. — Les fondations privées d'après la jurisprudence française. Thèse Paris, 1908.

Cosack. — *Lehrbuch des Handelsrechts*, 7e édit. Stuttgard, 1910, cité le plus souvent dans la traduction française, par L. Mis, en 3 vol. sur la 6e édit. allemande. Paris, 1904-1907.

Dernburg. — *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, 2 vol. Halle, 1894-1897.

— *Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens*. Bd I, Halle, 1902.

Duguit. — L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris, Fontemoing, 1901.

— Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. Paris, Alcan, 1912.

Escarra. — Les fondations en Angleterre. Thèse Paris, Rousseau, 1907.

Eyquem — Essai sur la capacité des associations avant et après la loi du 1er juillet 1901. Thèse Bordeaux, 1903.

(1) Nous ne mentionnons dans cette liste que les travaux présentant une certaine importance, eu égard aux questions étudiées ; n'y figurent pas les ouvrages généraux relatifs au droit commercial et aux sociétés, parus en France.

Gierke. — *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, 1887.
— *Deutsches Privatrecht*. Bd I, Leipzig, 1895.
— *Vereine ohne Rechtsfähigkeit*. Berlin, 1902.
Goiffon. — De la condition de la société par actions pendant la période constitutive. Thèse Paris, 1898.
Hauriou. — L'institution et le droit statutaire, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1906, p. 134 et suiv.
— Principes du droit public. Paris, *Recueil Sirey*, 1910.
Hayem. — Domaines respectifs de l'association et de la société. Thèse Paris, A. Rousseau, 1907.
Hémard. — Théorie et Pratique des nullités de sociétés et sociétés de fait. *Recueil Sirey*, 1912.
Kuntze. — Der Gesammtakt, ein neuer Rechtsbegriff. *Festgabe der Leipzigen Juristenfakultät für Dr. Jur.* Otto Müller, Leipzig, 1892.
Lapradelle (de). — Des fondations. Thèse Paris, 1884.
Larnaude. — Rapport présenté à la Société d'Etudes législatives, séance du 17 décembre 1908. *Bulletin de la Société*, 1909, p. 26 et suiv.
Lehmann. — *Das Recht der Aktiengesellschaften*. Bd I, Berlin, 1898.
— *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1908.
Le Hoc. — La société anonyme en Angleterre et en France. Thèse Caen, 1906.
Massart. — De la condition de la société par actions pendant la période constitutive. Thèse Rennes, 1901.
Méliot (M. et A.). — La nouvelle loi anglaise sur les sociétés par actions, 1909.
Michoud. — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2 vol. Paris, 1906 et 1909.
Muralt (de). — De la fondation des sociétés anonymes. Lausanne, 1887.
Navarrini. — Trattato elementare di diritto commerciale, 2 vol., Torino, 1911.
Nouel. — Les sociétés par actions. La réforme. Paris, F. Alcan, 1911.
Ostrorog. — Constitution des sociétés anonymes en France, dans l'empire allemand et en Grande-Bretagne. Paris, Larose et Forcel, 1893.
Palmer. — *Company law : a pratical Handbook for lawyers and business men* (la 8e et dernière édition a paru en 1910).
Percerou. — Des fondateurs de sociétés anonymes. Thèse Dijon, 1896.

— Contribution à l'étude des sociétés par actions. Paris, 1908.

Pichat. — Le contrat d'association. Paris, A. Rousseau, 1908.

Ramella. — Natura delle obligazioni dei promotori e sottoscrittori delle Societa per azioni, dans la revue *La Societa per azioni*, 1911, p. 297 et suiv.

Renaud. — *Das Recht der Aktiengesellschaften*, 2e édit. Leipzig, 1875.

Rossel et Mentha. — Manuel du droit civil suisse, 2 vol., Lausanne, 1911.

— Manuel du droit fédéral des obligations, 1905.

Saleilles. — De la personnalité juridique. Histoire et théories. Paris, Rousseau, 1910.

— Les personnes juridiques dans le Code civil allemand, *Revue du droit public*, t. XV, p. 193 et suiv., 428 et suiv. ; t. XVI, p. 212 et suiv.

— Rapport préliminaire sur le projet relatif aux fondations. *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1908, p. 357.

Scialoja. — La costituzione della Societa per azioni, dans les *Studii di diritto privato*, 1906, p. 182 et suiv.

— La dichiarazione unilaterale di volonta come fonte di obbligazione. *Riv. di Dir. com.*, 1904, I, 120.

Segnitz. — Le prospectus dans les sociétés anglaises par actions. Thèse Paris, 1908.

Silbernagel. — *Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, shweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht.* Berlin, 1907.

Staub. — *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 7e édit. Berlin. 1900.

Stevens (P.-M.). — Eléments de droit commercial, revus et corrigés par Herbert Jacobs, trad. de la 4e édit. anglaise (1903), par L. Escarti (Paris, 1909).

Thaller. — Réforme de la loi des sociétés par actions. *Rev. pol. et parlem.*, janvier 1903.

— Syndicats financiers d'émission. *Annales de droit commercial*, 1911.

Thoumyre. — Constitution des Companies limited by shares d'après la législation anglaise. Thèse Caen, 1908.

Tronquoy. — De la notion juridique internationale de la fondation. Thèse Paris, 1908.

Trouillot et Chapsal. — Du contrat d'association. Commentaire de la loi du 1er juillet 1901. — 1902.

Tuhr (Von). — *Der allgemeine Teil des deutschen burgerlichen Rechts.* Leipzig, 1910.

Vivante. — Traité de droit commercial, traduit sur la 3e édit. ita-

lienne (1907-1909), par J. Escarra, 4 vol. Paris. Giard et Brière, 1910-1912.

Wiedemann. — *Beiträge zur Lehre von der idealen Vereine. Die Voraussetzungen und Rechtswirkungen der Eintragung in Deutschland und der Shweiz*. Zürich, 1908.

Wiener. — Die Errichtung der Aktiengesellschaft und die Gründerverantwortlichkeit, dans la *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* de Goldschmidt, t. XXIV (*Z. f. d. g. H. R.*).

Zéraffa. — Des souscripteurs d'actions de sociétés anonymes. Thèse Paris, 1901.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION. 1

Importance d'une étude de la période constitutive des personnes morales. Intérêt théorique. Intérêt pratique. Plan.

TITRE PREMIER

DE LA PÉRIODE CONSTITUTIVE DES PERSONNES MORALES. — SA DÉFINITION. — SES LIMITES

CHAPITRE PREMIER. — **De l'existence d'une période constitutive.** 26

SECTION I. — *La naissance des sociétés de personnes n'est pas précédée d'une période constitutive* 26

I. Les sociétés de personnes ne sont pas de véritables personnes morales. — II. Le régime auquel elles sont soumises a sa source dans un contrat. — La société est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. — Arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1912. — Distinction du projet et de la promesse de société. — III. Aperçu de droit comparé : Allemagne, Italie, Belgique, Suisse, Angleterre.

SECTION II. — *La naissance des personnes morales est toujours précédée d'une période constitutive*. 44

A. — *Associations*. — Défaut de capacité des associations non déclarées. — B. *Fondations*. — La jurisprudence administrative. — C. *Sociétés par actions*. — Constitution par appel au public. — Constitution simultanée.

CHAPITRE II. — **Délimitation de la période constitutive.** 52

SECTION I. — *Durée de la période constitutive* 52

I. — Du délai, à l'expiration duquel la société par actions doit être constituée. — II. La durée illimitée de leur formation n'empêche-t-elle pas l'association et la fondation non encore pourvues de la capacité juridique de recevoir des dons et legs ?

SECTION II. — *De l'ouverture la période constitutive* 59

A. — *Fondations* 59

Fonder n'est pas en France un acte juridique spécial. — Comment la question se pose à l'étranger.

B. — *Corporations*. 63

I. — *Associations*. — La présence de deux personnes est-elle indispensable pour qu'on puisse dire de l'association qu'elle est en voie de formation ? — II. *Sociétés par actions*. — Nécessité de rédiger des statuts. — Lacunes de la loi française. — La société par actions entre dans la phase préparatoire à sa naissance, dès lors que par suite de l'adhésion d'un seul souscripteur, les statuts ou le projet de statuts ne peuvent plus être modifiés au gré des fondateurs. — Les solutions du droit comparé. — Intérêts d'une détermination de la date d'ouverture de la période constitutive.

SECTION III. — *De la date de clôture de la période constitutive* . 72

A. — *Fondations*. 73

L'intervention de l'Etat. — Projet de la Société d'Etudes législatives . . . . . .

B. — *Associations* 77

Déclaration ou reconnaissance d'utilité publique. — Formalités constitutives des associations à l'étranger. — Substitution du système de la réglementation au système de l'autorisation.

C. *Sociétés par actions* 82

I. — Législation française : Distinction des formalités de constitution et des formalités de fonctionnement. — De la nullité pour défaut de publicité. — Intérêts d'une détermination de la date de clôture de la période constitu-

tive. — Constitution définitive de la société anonyme et de la société en commandite par actions. — II. Droit comparé.

TITRE II

DES RAPPORTS DE DROIT QUI S'ÉTABLISSENT ENTRE LES DIVERS INTÉRESSÉS PENDANT LA PÉRIODE CONSTITUTIVE DES PERSONNES MORALES.

PRÉAMBULE 103

CHAPITRE PREMIER. — **Des rapports existant entre fondateurs** 109

I. — De la notion de fondateur. — II. La qualité de fondateur doit-elle être reconnue aux membres d'un syndicat d'émission ? Différentes hypothèses.

SECTION I. — *Nature des rapports existant entre fondateurs*. . 115

I. — Caractère du groupement des fondateurs d'une association. — II. Société des fondateurs précédant la constitution de la société par actions. — Société d'études. — Association en participation, société civile ou société commerciale.

SECTION II. — *Des effets du contrat entre fondateurs et de sa dissolution* 124

I. — Partage des pertes et profits, résultant de l'initiative commune. — II. Causes de dissolution. — Consentement unanime des associés. — Mort et interdiction de l'un d'eux. — Sa faillite ou sa déconfiture. — Expiration d'un certain délai. — Normalement le groupement des fondateurs ne survit pas à la naissance de la corporation. — La société des porteurs de parts bénéficiaires.

CHAPITRE II. — **Des rapports des fondateurs avec les souscripteurs** 134

SECTION I. — *Nature des rapports entre fondateurs et souscripteurs* 135

L'erreur initiale. — Méconnaissance de la distinction des rapports des souscripteurs avec les fondateurs agissant

pour le compte d'autrui, et de leurs rapports avec les fondateurs, agissant pour leur propre compte. — I. Société préliminaire des souscripteurs et des fondateurs. — II. Théories de Laband et de Hahn : les fondateurs *cèdent* à la société, à sa naissance, leurs actions contre les souscripteurs. — III. Théorie de Brinckmann : hypothèse d'un *mandat*. — IV. Théorie de Zéraffa : les fondateurs, *gérants d'affaires* des souscripteurs. — V. Le contrat de souscription d'actions s'analyse en une *vente*. — Critique générale de ces doctrines. — VI. Notre théorie : *contrat innommé* entre les fondateurs et chaque souscripteur. — Date de la formation du contrat.

SECTION II. — *Des effets du contrat conclu entre fondateurs et souscripteurs*. 148

A. — *De l'engagement du souscripteur* 149
Souscription conditionnelle. — Mort, faillite du souscripteur. — Capacité requise pour souscrire valablement.

B. — *De l'engagement des fondateurs*. 152
Caractère synallagmatique du contrat. — Obligation de comprendre le souscripteur parmi les associés définitifs. — Impossibilité de disposer des sommes versées. — Prétendue obligation de constituer la corporation. — Qui doit supporter les dépenses engagées au cas de non-constitution de la corporation.

CHAPITRE III. — De l'acte d'adhésion aux statuts. — Des rapports existant entre souscripteurs. 162

SECTION I. — *La théorie contractuelle*. 163

A. — *Les Sociétés par actions*. 165
Différentes explications proposées. — I. Le contrat de société par actions se forme *successivement*. — II. *Avant-contrat* de société, et *société* des souscripteurs. — Critique de ces théories. — III. *Lien direct* du souscripteur avec la société-personne morale. — *a*) Théorie de Tartufari : les fondateurs, *mandataires* de la société future. — *b*) Les fondateurs, *gérants d'affaires* de la société. — Les solutions doctrinales et jurisprudentielles contredisent à l'idée d'une représentation de la société par les fondateurs vis-à-vis des souscripteurs. — *c*) Le

contrat de souscription est conclu *en faveur* de la société par actions. — Nécessité d'un intérêt propre des fondateurs à la conclusion du contrat. — De la souscription ne naissent pas seulement des droits au profit de la société, mais aussi des obligations à sa charge. — *d*) Les souscripteurs contractent directement avec la société pourvue de la *personnalité morale interne*, dès le début de la période constitutive. — Mais l'existence d'un contrat entre la société et ses membres ne se conçoit pas.

B. — *Les Associations*. 183
Le projet déposé par Waldeck-Rousseau — Le texte voté par les Chambres en 1901. — L'association, douée d'une vie corporative ne peut reposer sur un contrat.

SECTION II. — *La thèse institutionnelle* 188

I. — *Ses divers aspects*. 188
A. — *Théorie de l'acte complexe*. — Le parallélisme s'oppose ici au croisement des volontés. — De la nécessité d'une fusion des déclarations unilatérales. — Comment l'expliquer ? — Par l'identité d'objet. — Par l'action commune extérieure des intéressés. — Insuffisance de ces explications. — B. Théorie de M. Hauriou : *L'opération complexe à procédure*. — Distinction du fait et de l'acte juridiques. — Les souscripteurs adhèrent à un fait de consentement. — Les adhésions successives ramenées à un seul acte objectif par l'existence d'une procédure extérieure. — C. *Notre théorie*.— La personne morale puise une volonté propre dans le *statut* qui la régit. — Par leurs déclarations d'adhésion, les souscripteurs ne font que réaliser cette volonté. — Rôle véritable du contrat dans la formation de l'association et de la société par actions.

II. — *Quelques conséquences de la thèse institutionnelle*. . . 199
I. — Durant la période constitutive : *α*) date de l'engagement du souscripteur — *b*) validité de la déclaration d'adhésion faite par un souscripteur en son nom propre et au nom du groupement qu'il représente. — II. Après la clôture de la période constitutive : *a*) Effets du dol des promoteurs sur l'engagement des souscripteurs — *b*) des modifications apportées aux statuts par l'assemblée générale extraordinaire.

TITRE III

DE LA CONDITION JURIDIQUE DES PERSONNES MORALES PENDANT LEUR PÉRIODE CONSTITUTIVE

CHAPITRE PREMIER. — **L'organisation interne des personnes morales en voie de formation** 219

SECTION I. — *Les corporations* 220

I. — *La société par actions* 220

A. La loi française. — Les fondateurs, organes de la société en formation. — Les assemblées générales constitutives. — Leur nature et leurs pouvoirs. — B. Aperçu de droit comparé : Allemagne, Italie, Angleterre.

II. — *Les associations* 231

Les fondateurs et directeurs procèdent à la déclaration au nom de l'association elle-même — La déclaration n'entraîne pas la disparition de l'association, qui a déjà fonctionné. — Effets de cette persistance du groupement antérieur.

III. — *Responsabilité des organes de la corporation en voie de formation* 235

Caractère social de l'action en responsabilité, intentée contre les fondateurs de la société par actions et de l'association.

SECTION II. — *Les fondations.* 237

Le fondateur dresse le statut et prévoit l'organisation de l'œuvre qu'il crée. — Le projet de la Société d'Etudes législatives. — Institution d'une commission de surveillance des fondations ; son véritable rôle.

CHAPITRE II. — **La capacité juridique des personnes morales pendant leur période constitutive** 242

SECTION I. — *La personnalité interne des corporations et des fondations* 243

A. — *Les sociétés par actions* 243

A qui appartiennent les apports en nature et en espèces avant la naissance de la société ? — A une société pré-

liminaire des fondateurs et souscripteurs ? — Aux seuls fondateurs ? — Dangers de ces explications. — Capacité juridique de la société par actions durant la phase constitutive. — Société en formation et société en liquidation ; conséquences de leur personnalité.

B. — *Les associations*. 251
L'association possède le montant des cotisations de ses membres. — Peut-elle acquérir la propriété d'apports immobiliers et mobiliers autres que des sommes d'ar-d'argent ?

C. — *Les fondations*. 254
Il n'y a pas impossibilité juridique de créer une œuvre charitable et de la doter par un seul et même acte. — Validité du procédé actuel de fondation par donation *sub modo*.

Section II. — *De l'effet des actes accomplis pour le compte des personnes morales pendant leur période constitutive*. . . . 256

A. — *Les sociétés par actions*. 257
I. — *La législation française* 257
A. Nécessité de conclure dans certains cas des contrats pour le compte de la société en formation. — B. Les fondateurs peuvent agir de diverses façons : 1° ils laissent croire aux tiers que la société est *définitivement formée*, — nullité de la société ; — 2° ils agissent sous *leur propre nom* et s'obligent personnellement, mais ils ont le droit de demander compte à la société des avantages qu'ils lui ont procurés, et même d'obtenir le remboursement intégral de leurs avances, avec ou sans libération à l'égard des tiers ; — 3° ils *obligent la société*, sans s'obliger eux-mêmes, *sous la double condition qu'elle se constitue et qu'elle approuve leurs opérations*. — La jurisprudence n'admet pas la validité de ce procédé. — Réfutation de ses principaux arguments. — C. La société, par l'organe de l'assemblée générale constitutive, ratifie les actes de gestion des fondateurs. — Dangers de ces agissements anticipés. — Différence entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes.
II. — *Droit comparé* 271
A. Législations qui ont adopté l'institution du registre de commerce : Allemagne, Suisse, Angleterre. — B. Lé-

gislations qui ne connaissent pas cette institution : Belgique, Italie.

B. — *Les associations*. 275

I. Association en voie de formation. — Effets des actes passés pour son compte par les fondateurs ; différentes hypothèses. — Libéralité adressée à une association encore incapable. — II. Transformation d'une association non déclarée en une association déclarée. . . . .

Conclusion. 281

Bibliographie 287

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Hte-Marne)

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Haute-Marne)